Die sogenannten Ausnahmen in der Teilnahmelehre

(Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der sogenannten notwendigen Teilnahme)

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Breslau

vorgelegt von

Ernst-Hans Apelt

Gerichtsreferendar.

1934

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: *Prof. Dr. Nagler.*

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543114_0017

Gliederung.

Seite

Einleitung:

1) Die Mehrheitsverbrechen 1
2) Einzelne Fälle der Ausnahmen 1
3) Der geschichtliche Ausgangspunkt der Streitfrage . . 2
4) Die Lösungsmöglichkeiten 4
5) Die Bedeutung der Lehre vom Tatbestand 5

Abschnitt I.

Der Begriff der sogenannten Mehrheitsverbrechen.

Kap. 1: Die Einteilung der Ausnahmen von der Teilnahme in der Wissenschaft.

1) Die Dreiteilung der Ausnahmen bei von Kries
   a) Die Teilnahme des Geschützten im Falle der Schutzgesetze 8
   b) Die Teilnahme des Haupttäters an einer Beteiligungshandlung 9
   c) Die Teilnahme des aus dem Willen, dem Zweck und dem Zusammenhang der Gesetze straflosen Täters . 12
2) Die Einteilung der Ausnahmen in der übrigen Wissenschaft
   a) Die Ablehung jeglicher Einteilung 13
   b) Die Einteilung der Ausnahmen im Anschluß an von Kries 14

Kap. 2: Die sogenannte notwendige Teilnahme.

1) Die Ausnahmen und die sogenannte notwendige Teilnahme
   a) Die notwendige Teilnahme als Ausgangspunkt für die Ausnahmen 16
   b) Die Scheidung der Ausnahmen innerhalb und außerhalb der notwendigen Teilnahme 18
2) Der Begriff der notwendigen Teilnahme
   a) in der Wissenschaft 20
   b) in der Rechtsprechung 23
3) Die Ablehnung der notwendigen Teilnahme 24

Kap. 3: Die Mehrheitsverbrechen.

1) Die Problemstellung der notwendigen Teilnahme . . . 26

2) Die sogenannten Mehrheitsverbrechen 26
3) Die Einteilung der Mehrheitsverbrechen 29
4) Die Notwendigkeit der „notwendigen Teilnahme" . . 31
5) Die Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung, bei denen ein Teilnahmeproblem nicht entstehen kann . 35
6) Die Einteilung der Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung 37

Kap. 4: Die einzelnen sogenannten Ausnahmen.

1) Allgemeines: Die Straflosigkeit des Teilnehmers als Täter 39
2) Die Teilnahme des straflosen notwendig Beteiligten bei seinem tätigen Mitwirken an der Tat des allein strafbaren Täters
a) Allgemeines: die sogenannten Austauschdelikte . . 47
b) Einzelne Fälle 48
3) Die Teilnahme des straflosen notwendig Beteiligten bei seiner untätigen Beteiligung an der Tat des allein strafbaren Täters 51
4) Die Teilnahme des bei Selbstbegehung Straflosen an einem Verbrechen, bei dem er Beziehungsobjekt ist . . 52
5) Die Teilnahme des straflosen Haupttäters an einer unter besondere Strafe gestellten Beteiligungshandlung
a) Allgemeines: die sogenannten Förderungsdelikte . 53
b) Einzelne Fälle 55

Abschnitt II.
Die Begründung der Ausnahmen in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung.

Einleitung. 56

Kap. 1: Die Begründung der Strafbarkeit der Teilnahme:

1) des Geschützten im Falle der Schutzgesetze 57
2) des Haupttäters an einer Beteiligungshandlung:
a) in der Rechtsprechung 57
b) in der Wissenschaft 60
3) des aus dem Wesen, dem Zweck und dem Zusammenhang der Gesetze straflosen Täters:
a) in der Rechtsprechung 61
b) in der Wissenschaft 63

Kap. 2: Die Begründung der Straflosigkeit der Teilnahme (der sogenannten Ausnahmen).

1) Allgemeines 63
2) Das Verhältnis von Täterschaft zu Teilnahme
a) Die Teilnahme als Form der Verbrechensbegehung . 67

b) Die Straflosigkeit der Teilnahme infolge der Straflosigkeit der Täterschaft 71
c) Der Grundsatz der mehrfachen Beteiligung an einer Tat 75
3) Die Begründung der Straflosigkeit der Teilnahme aus zweckgebundenen Erwägungen
a) Der Grundsatz der Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens 79
b) Der Grundsatz der Praktikabilität 82
c) Der Grundsatz der Zweckmäßigkeit 83

Schrifttum.

Allfeld-Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig-Erlangen 1922.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 2. Berlin 1907.

Beling: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Ztschr. Bd. 18, S. 271. Berlin 1898.

— Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

— Grundzüge des Strafrechts. Tübingen 1930.

— Die Lehre vom Tatbestand. Tübingen 1930.

Bendix: Kritik von RGE 61/314. JW Bd. 56, S. 2432. Leipzig 1927.

Bergen: Der Begriff des Mehrheitsdelikts und seine Bedeutung für die Teilnahmelehre. Strafr. Abh. Bd. 279. Breslau 1931.

Berner: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1898.

Binding: Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. Leipzig 1885.

— Die Normen und ihre Übertretung. (2. Aufl.).
Bd. 1. Leipzig 1890.
Bd. 2, 1. Leipzig 1914.
Bd. 2, 2. Leipzig 1916.
Bd. 3. Leipzig 1918.
Bd. 4. Leipzig 1920.

— Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besond. Teil.
Bd. 1. Leipzig 1902.
Bd. 2, 1. Leipzig 1904.
Bd. 2, 2. Leipzig 1905.

— Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit. Gerichtssaal Bd. 71, S. 1. Stuttgart 1908.

— Die Formen des verbrecherischen Subjekts. Gerichtssaal Bd. 78, S. 1. Stuttgart 1911.

— Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Leipzig 1913.

— Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen. Bd. 1. München-Leipzig 1915.

Birkmeyer: Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. Berlin 1890.

— Die Teilnahme am Verbrechen. Vglde. Darstellung des Strafrechts, Allg. Teil Bd. 2, S. 1. Berlin 1908.

Blesse: Grenzen und Formen der notwendigen Teilnahme. Diss Marburg 1928.

Bohne: Kuppelei, Festgabe für Frank Bd. 2, S. 440. Tübingen 1930.

Borchert: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter. Berlin 1888.

Brandes: Wann sind Teilnahmehandlungen straflos? Diss. Göttingen 1909.

Brunner: Die notwendige Teilnahme im Strafrecht. Diss. Erlangen 1930.

v. Buri: Begünstigung und Hehlerei. Gerichtssaal Bd. 29, S. 14. Stuttgart 1878.

Coenders: Strafrechtliche Grundbegriffe. Düsseldorf 1909.

Dalcke: Kann nach § 211 KO neben dem Schuldner auch der begünstigte Gläubiger wegen Teilnahme an dem Delikt des Schuldners bestraft werden? Goldtammers Archiv Bd. 37, S. 342. Bln 1889.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch. 4. Aufl. Berlin-Leipzig 1929. 5. Aufl. Bd. 1. Berlin-Leipzig 1933.

Engelsing: Die eigenhändigen Delikte. Strafr. Abh. Bd. 212. Breslau 1926.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 1. Berlin 1904.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl. Tübingen 1926. 18. Aufl. Tübingen 1931.

Frassati: Die Strafbestimmungen der drei Gesellschaftsgesetze. Ztschr. Bd. 15, S. 409. Berlin 1895.

Freudenthal: Die Wahlbestechung. Strafr. Abh. Bd. 1. Breslau 1896.

— Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. Strafr. Abh. Bd. 37. Breslau 1901.

— Vom Werte des allgemeinen Verbrechenstatbestandes. Ztschr. Bd. 48, S. 290. Berlin 1928.

Fuchs: Kritik von RGE 61/314. JW Bd. 56, S. 2629. Leipzig 1927.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin 1922.

Geyer: Erörterungen über den allgemeinen Tatbestand der Verbrechen nach österreichischem Recht. Innsbruck 1862.

— Bemerkungen zu Entscheidungen des Reichsgerichts. Ztschr. Bd. 2, S. 299. Berlin 1882.

— Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. Erste Hälfte. München 1884.

— Teilnahme Mehrerer am Verbrechen und Begünstigung. Hotzendorffs Handbuch Bd. 2, S. 322. Berlin 1871.

Goldschmidt: Gegenentwurf zu den Abschnitten „Die Straftat" und „Täter und Teilnehmer" des Strafgesetzentwurfs von 1919. JW Bd. 51, S. 252. Leipzig 1922.

Hagerup: Zur legislativen Behandlung der Teilnahme am Verbrechen. Ztschr. Bd. 29, S. 614. Berlin 1909.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht.
Bd. 1. Bonn 1881.
Bd. 2, 1. Bonn 1884.
Bd. 2, 2. Bonn 1887.

Hegler: Kritik einer Reichsgerichtsentscheidung vom 7. 1. 1924. JW Bd. 53, S. 1597. Leipzig 1924.

Heinze: Grenzlinien für die Strafbarkeit der unvollkommenen Verbrechensformen. Ztschr. f. Rechtspflege und Verwaltung, N. F. Bd. 25, S. 1. Leipzig 1864.

Hergt: Die Lehre von der Teilnahme. Heidelberg 1909.

— Zur Theorie der Begünstigung. Gerichtssaal Bd. 76, S. 298. Stuttgart 1910.

Herzog: Kann ein bei der Haupttat Beteiligter sich in Ansehung der-

selben Tat einer Begünstigung schuldig machen? Gerichtssaal Bd. 29, S. 161. Stuttgart 1878.
— Zur Lehre von der Anstiftung und der Beihilfe. Gerichtssaal Bd. 34, S. 81. Stuttgart 1883.
— Zur Lehre von der Begünstigung und der Hehlerei. Goldtammers Archiv Bd. 29, S. 112. Berlin 1885.
Hess: Beiträge zur Lehre von der Gefangenenbefreiung. Diss. Tübingen 1904.
v. Hippel: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen. II. Teil. Ztschr. Bd. 42, S. 531. Berlin 1921.
— Deutsches Strafrecht.
Bd. 1. Berlin 1925.
Bd. 2. Berlin 1930.
— Lehrbuch des Strafrechts. Berlin 1932.
Hoberg: Der Begriff der Anstiftung. Strafr. Abh. Bd. 290. Breslau 1931.
Hofmann: Die Gefangenenbefreiung. Diss. Tübingen 1903.
Jacobsohn: Zur Lehre von der sogenannten notwendigen Teilnahme. Diss. Erlangen 1900.
Kellner: Die Gläubigerbegünstigung und Schuldnerbegünstigung. Strafr. Abh. Bd. 233. Breslau 1928.
Kern: Die Teilnahme im Entwurf 1925. Gerichtssaal Bd. 92, S. 125. Stuttgart 1926.
Klee: Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden. Goldtammers Archiv Bd. 50, S. 364. Berlin 1903.
Koehler: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil. Leipzig 1917.
Kohler: Studien aus dem Strafrecht. Bd. 1. Mannheim 1890.
— Anstiftung und Agent provocateur. Goldtammers Archiv Bd. 55, S. 1. Berlin 1908.
— Teilnahme und Urheberschaft. Goldtammers Archiv Bd. 58, S. 1. Berlin 1911.
— Leitfaden des deutschen Strafrechts. Leipzig 1912.
v. Kraewel: Die Strafbarkeit der Selbstbefreiung. Gerichtssaal Bd. 34, S. 505. Stuttgart 1883.
v. Kries: Ein Beitrag zu der Lehre von der Teilnahme. Ztschr. Bd. 7, S. 521. Berlin 1887.
Kuhlmey: Die notwendige Teilnahme. Diss. Halle 1927.
Lettenbauer: Gläubiger- und Schuldnerbegünstigung. Strafr. Abh. Bd. 296. Breslau 1931.
Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts.
25. Aufl. Berlin 1927.
27. Aufl. Bd. 1. Allg. Teil. Berlin 1932.
Martin: Lehrbuch des teutschen Criminalrechts Heidelberg 1829.
Matzke: Kritik von „Schaffstein, Unzumutbarkeit". JW Bd. 62, S. 2261. Leipzig 1933.
Mayer, M. E.: Kritik von „Freudenthal, notwendige Teilnahme". Jur. Littblatt Bd. 14, S. 93. Berlin 1906.
— Die Befreiung von Gefangenen. Leipzig 1906.
— Teilnahme. Aschrott-Liszt: Reform des RStGB. Bd. 1, S. 355. Berlin 1910.

— Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Heidelberg 1915.

Merkel, Ad.: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

Merkel, Ad. - Liepmann: Die Lehre von Verbrechen und Strafe. Stuttgart 1912.

Merkel, Paul: Grundriß des Strafrechts Teil 1: Allg. Teil. Bonn 1927.

Mezger: Die Teilnahmelehre des Strafgesetzentwurfs von 1919. DStRZeitung Bd. 8, S. 205. 1921.

— Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände. Festschrift für L. Träger, S. 187. Berlin 1926.

— Strafrecht. München. 1933.

Meves: Studien über das Wesen und den Tatbestand des einfachen Bankrotts. Goldtammers Archiv Bd. 36, S. 377. Berlin 1888.

— Kritik des Reichsgerichtsurteils vom 8. März 1889. Goldtammers Archiv Bd. 37, S. 172. Berlin 1889.

Nagler: Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Leipzig 1903.

— Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. Festschrift für Karl Binding. Bd. 2, S. 273. Leipzig 1911.

— Die Strafe. Leipzig 1918.

— Der Begriff der Rechtswidrigkeit. Festgabe für Frank. Bd. 1, S. 339. Tübingen 1930.

Oetker: Zur gesetzlichen Regelung von Täterschaft und Teilnahme. Gerichtssaal Bd. 89, S. 182. Stuttgart 1924.

— Teilnahme am Verbrechen. Gerichtssaal Bd. 94, S. 1. Stuttgart 1927.

v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. Leipzig 1927.

Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1901.

Philippsborn: Die Klassifikation der einzelnen strafbaren Handlungen. Berlin 1906.

Reichart: Der strafbare Bankrott. Gerichtssaal Bd. 48, S. 325. Stuttgart 1893.

Reichle: Die Teilnahme am Verbrechen. Strafr. Abh. Bd. 285. Breslau 1931.

Rixius: Urheberschaft und Anstiftung. Diss. Würzburg 1926.

Romeiss: Eine ungelöste Teilnahmefrage. Gerichtssaal Bd. 99, S. 382. Stuttgart 1930.

Rüdorff-Stenglein: Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1892.

Sauer: Grundlagen des Strafrechts. Berlin 1921.

Schaffstein: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen. Berlin 1930.

— Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund. Leipzig 1933.

Schmidt, Rich.: Grundriß des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1931.

Schütze: Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. Leipzig 1869.

— Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1874.

Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1914.

Schwarze: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig 1884.

Stenglein: Begünstigung und Beihilfe zur Selbstbefreiung. Ztschr. Bd. 4, S. 487. Berlin 1884.

Stüber: Über den Tatbestand der Verbrechen. Wittenberg 1805.

— Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen. Leipzig 1828.

Vogels: Die Ausnahmen in der Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Diss. Heidelberg 1911.

Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München 1914.

Waldthausen: Über Begünstigung. Goldtammers Archiv Bd. 29, S. 375. Berlin 1885.

Wegner: Teilnahme. Abschnitt 4 in Aschrott-Kohlrausch: Reform des Strafrechts. S. 102. Berlin 1926.

Zadek: Macht sich im Falle des § 211 der Reichskonkursordnung der Gläubiger, welcher die Befriedigung annimmt, der Teilnahme am Vergehen des Schuldners schuldig? Gerichtssaal Bd. 40, S. 561. Stuttgart 1888.

Zimmerl: Zur Lehre vom Tatbestand. Strafr. Abh. Bd. 237. Breslau 1928.

— Grundsätzliches zur Teilnahmelehre. Ztschr. Bd. 49, S. 39. Berlin 1929.

— Aufbau des Strafrechtssystems. Tübingen 1930.

Einleitung.

1) Die Mehrheitsverbrechen.

Die Frage nach den Ausnahmen in der Teilnahmelehre bildet einen Ausschnitt aus der Lehre vom Tatbestand und ist nur unter Betrachtung der gestzlichen Tatbestände zu lösen.

Es gibt im geltenden Recht eine Gruppe von strafbaren Handlungen, die in ihrem gesetzlichen Tatbestand das Vorhandensein nur einer einzigen Person, die als Alleintäter unter Strafe gestellt ist, zur Voraussetzung haben. Tritt zu dem Täter bei derartigen Verbrechen noch eine andere Person, die zur Verwirklichung des Tatbestandes nicht notwendig ist, als Beteiligter hinzu, so handelt es sich regelmäßig um eine Teilnahme im weiteren Sinne.

Demgegenüber erfordern oftmals Verbrechen, die unter Verwendung eines von Schütze geprägten — hier allerdings im anderen Sinne gebrauchten — Ausdrucks sogenannte Mehrheitsverbrechen, für ihre Verwirklichung tatbestandsmäßig das Vorhandensein einer Personenmehrheit. In dieser Gruppe, die die weit größere Anzahl der Delikte des geltenden Rechts umfaßt, lassen sich die Verbrechen, bei denen tatbestandsmäßig die sämtlichen Beteiligten mit Strafe bedroht sind, die sogen. Mehrheitsverbrechen mit allseitiger Strafdrohung — eine Untergruppe bilden die sogen. Mittäterschaftsverbrechen — genannt, von denen scheiden, bei denen nur ein Beteiligter im Tatbestand unter Strafe gestellt ist, der andere aber straflos ist. Bei einem Teil dieser Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung ist der notwendig Beteiligte überhaupt aus dem Wesen des Delikts heraus als Täter (und auch als Mittäter) straflos; bei einem anderen Teil dagegen wird er lediglich vom Gesetz aus besonderen Gründen straflos gelassen. Als Täter oder als Mittäter kann der straflos Beteiligte nicht erfaßt werden. Fraglich ist aber, ob seine „Beteiligung" etwa als Teilnahme i. e. S. (Anstiftung oder Beihilfe) zu der Tat der Gegenseite aufgefaßt werden kann.

Dies sind die sogen. Ausnahmefälle. Sie umfassen als die sogen. Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung also die Delikte, bei denen eine Teilnahme des im Tatbestand erwähnten, jedoch als Täter straflosen, notwendig Beteiligten fraglich ist. Dabei soll das Gewicht nicht so sehr auf den Umstand der notwendigen Beteiligung gelegt werden, als vielmehr darauf, daß die Teilnahme des einen, als Täter, Straflosen in Frage gestellt ist.

2) Einzelne Fälle der Ausnahmen.

Mitunter ist im Schrifttum — und für eine Gruppe von Fällen auch vom Reichsgericht — behauptet worden, daß die allgemeinen Grundsätze über die Teilnahme keineswegs ausnahmslos zur Anwendung gelangen, und „daß es daher von vorneherein als offene Frage gelten

muß, ob dies im konkreten Fall zu geschehen habe" [1]). Wenn also in manchen Fällen die Teilnahmebestimmungen nach allen ihren äußeren Merkmalen angewendet werden könnten, so soll die Straflosigkeit gewisser Teilnahmehandlungen mehr der ratio legis entsprechen. Denn eine Strafbarkeit des Anstifters oder des Gehilfen nach allgemeinen Grundsätzen läßt sich nicht mit „mathematischer Sicherheit" herleiten, wenn feststeht, daß eine strafbare Handlung begangen und zu dieser angestiftet oder Beihilfe geleistet worden ist. Vielmehr ist in diesen Fällen die Frage aufzuwerfen, ob nicht vielleicht eine Modifikation des Ergebnisses, d. h. also die Straflosigkeit des Anstifters oder des Gehilfen, von vorneherein aus den Vorschriften des Gesetzes oder aus anderen Grundsätzen sich ergibt [2]).

Derartige Fälle werden im Strafgesetzbuch und in einzelnen Nebengesetzen in größerer Anzahl gefunden. Wohl der ausgeprägteste Fall — um nur ein wesentliches Beispiel herauszugreifen — ist der der Gefangenenbefreiung, § 120 StGB. Daß der Gefangene wegen seiner gesetzlich nicht mit Strafe bedrohten Handlung der Selbstbefreiung nicht bestraft wird, ist eine — im geltenden Recht — unbestreitbare und unbestrittene Erkenntnis. Das Problem liegt aber in der Möglichkeit einer Bestrafung wegen Teilnahme an der Befreiungshandlung des Befreiers. Kann also der Gefangene — trotz Straflosigkeit der Selbstbefreiung — wegen Teilnahme an seiner Befreiung seitens eines Dritten gestraft werden? Oder die Frage auf einen anderen konkreten Fall gestellt, der ebenfalls häufig erörtert worden ist: Ist der Gläubiger, der den Schuldner veranlaßt, ihm eine sachlich und zeitlich nicht zustehende Befriedigung zu gewähren, wegen Vergehens gegen die §§ 241 KO und 48 StGB zu bestrafen?

3) Der geschichtliche Ausgangspunkt der Streitfrage.

Eine einheitliche geschichtliche Untersuchung dieses Problems läßt sich nicht geben. War doch z. B. die Selbstbefreiung eines Gefangenen, die hier als Einzelfall eine Rolle spielt [3]), zu gewissen Zeiten die einfache, ohne Gewalt und Meuterei bewirkte Selbstbefreiung strafbar [4]), so daß zu diesen Zeiten unser Problem noch garnicht zur Entstehung gelangen konnte.

Hinsichtlich der Strafbarkeit der Selbstbefreiung im römischen Recht ging die Meinung der gemeinrechtlichen Schriftsteller auseinander. Die Mehrzahl entschied sich jedoch für Straflosigkeit der Selbstbefreiung nach römischem und damit auch nach gemeinem Recht. Im Anschluß an pr. Dig. 47, 18 wurde zwischen qualifizierter und einfacher Selbstbefreiung unterschieden. Lediglich die erste Art sollte bestraft werden. Über das Strafmittel gingen aber die Ansichten wieder auseinander [5]).

Die Carolina kannte eine Bestimmung hinsichtlich der Selbstbefreiung der Gefangenen überhaupt nicht. Für die qualifizierte Selbstbefreiung wurde die Lücke mit der römischrechtlichen auf Todesstrafe lautenden Strafbestimmung ergänzt.

---

[1]) v. Kries S. 526.
[2]) v. Kries S. 522.
[3]) Vgl. Kraewel S. 506 f.; Binding 2/588.
[4]) Vgl. im einzelnen die eingehende geschichtliche Untersuchung bei Hofmann S. 16 f., S. 26 f., S. 46 f.
[5]) Einzelfragen sind hier ohne Belang.

Die italienische Strafrechtwissenschaft des 16. und 17. Jahrhunderts stand grundsätzlich auf dem Standpunkt der Strafbarkeit der Selbstbefreiung; jedoch wurde durch eine große Zahl von Ausnahmefällen diese Regel praktisch wieder hinfällig. Im 18. Jahrhundert haben den Satz von der Straflosigkeit der Selbstbefreiung allgemein erstmalig Johann Paul Kress (1721) und Johann Samuel Friedrich Böhmer (1770) ausdrücklich aufgestellt [6]). Den Grund sieht Böhmer mit Rücksicht auf den instinktiven in jedem Menschen vorhandenen Selbsterhaltungstrieb vornehmlich in dem Mangel des dolus malus. Er weist dabei den Einwand der Verletzung der öffentlichen Ordnung mit der Begründung zurück, daß eine Verpflichtung des Einzelnen zu freiwilliger Straferstehung überhaupt nicht anerkannt werden könne [7]).

Nach der überwiegenden Meinung der sich auf Böhmer stützenden Rechtslehrer sollte die Selbstbefreiung jedoch nur dann Strafe verdienen, wenn sie durch strafbare Mittel bewirkt werde, wogegen sich das Kammergericht allerdings noch im Jahre 1832 wendete [8]). Die einfache Selbstbefreiung sollte danach straflos sein. Gesetzlich datiert die Straflosigkeit der einfachen Selbstbefreiung erst vom Jahre 1843 ab [9]).

Das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten vom 14. April 1851 kennt eine strafbare Selbstbefreiung lediglich in der Form der Gefangenenmeuterei nach § 96, der dem Reichsstrafgesetzbuch als Vorbild zu § 122 gedient hat. Die einfache Selbstbefreiung blieb straflos [10]).

Der Grundsatz der Straflosigkeit der Selbstbefreiung wird auch unter dem heute geltenden Reichsstrafgesetzbuch aufrechterhalten. Allein die Befreiung durch einen Anderen und in Gehilfschaft zur einfachen Selbstbefreiung eines Gefangenen werden im § 120 StGB und im § 122 StGB die gemeinsame Selbstbefreiung als Meuterei gestraft.

Wie dieser kurze Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Bestrafung der Selbstbefreiung erkennen läßt, läßt sich eine geschichtliche Darstellung für alle Fälle nicht geben. Diese würde auch zu weit führen. Außerdem haben aber einige wichtige Verbrechen eine wesentliche Umwandlung erfahren. Verwiesen sei nur auf die einstmals als Teilnahme aufgefaßte Begünstigung [11]), die jetzt ein selbständiges Verbrechen darstellt — abgesehen von dem allgemeinen zersplitterten Rechtszustand vor dem Reichsstrafgesetzbuch überhaupt. Daher müssen wir uns bei unserer Bearbeitung lediglich auf das geltende Recht beschränken [12]).

Unter der Herrschaft des geltenden Strafgesetzbuches setzt die Behandlung des Problems erst mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts ein. Von den Entscheidungen des obersten deutschen Gerichtshofes waren es, abgesehen von der Entscheidung vom 10. April 1880

---

[6]) Vgl. Hofmann S. 22 Anm. 3, S. 27, S. 46.

[7]) Hofmann S. 27.

[8]) Vgl. Kraewel S. 506/507.

[9]) Kraewel S. 510. Über die Behandlung in landesrechtlichen und außerdeutschen Strafgesetzen vgl. Hofmann S. 49—59.

[10]) Hofmann S. 55.

[11]) Vgl. hierzu die Kritik Bindings 2/641, auch Liszt § 47 IV, 2 S. 325, § 49 II, 1 S. 340.

[12]) Als Untersuchung eines Vorläufers des geltenden Rechts vgl. z. B. Heinze insbes. S. 9 ff. Über diesen Freudenthal S. 86 Anm. 2 und auch Vogels S. 2 Anm. 4.

(E 1/350), die diesen Streitpunkt hinsichtlich des § 218 III a. F. StGB nur kurz berührt, besonders diejenigen vom 12. November 1880 betr. § 211 KO a. F. (E 2/439 = R 2/493), vom 29. November 1880 betr. § 120 StGB (E 3/140 = R 2/580), vom 27. Januar 1881 betr. § 211 KO a. F. (E 4/1 = R 2/762), vom 7. April 1881 betr. § 257 StGB (E 4/60 = R 3/211), vom 17. Juni 1881 betr. § 180 StGB (E 4/252 = R 3/391), welche eine kritische Stellungnahme der Wissenschaft einsetzen ließen [13]).

4) Die Lösungsmöglichkeiten.

Das Schrifttum über diese Streitfrage ist nun inzwischen derart angewachsen, daß es fast unübersehbar ist. Diese Tatsache ist nicht verwunderlich. Man hat im Strafgesetzbuch und in den strafrechtlichen Nebengesetzen eine große Anzahl der sogen. Ausnahmen nachzuweisen versucht. Die hoffnungslose Zersplitterung des Schrifttums entspricht lediglich der Mannigfaltigkeit der gefundenen Einzelfälle.

Nach der Art der Behandlung im strafrechtlichen Schrifttum, das sich mit der Frage befaßt hat, lassen sich zwei grundsätzliche Lösungsmöglichkeiten finden. Bei der Untersuchung der einzelnen Meinungen sind zwei Wege — ein formeller und ein materieller — zu unterscheiden. Diese haben aber nicht nur für sich allein Geltung, sondern können lediglich in gegenseitiger Verbindung zur endgültigen Lösung führen. Es ist also die Einteilung der Ausnahmen unter gewissen förmlichen Gesichtspunkten von der inhaltlichen Untersuchung der Einzelfälle, die Gruppierung der einzelnen Ausnahmeverbrechen von deren Einzelbegründung zu trennen. Inwieweit sich dann bei der Begründung wieder leitende Gesichtspunkte finden lassen, ist eine andere Frage.

Die Zusammenstellung der Wissenschaft, die Zusammenfassung der Einzelfälle in bestimmte Gruppen, die Übernahme oder Änderung der — noch zu untersuchenden — v. Kries'schen Einteilung ist leichter zu überblicken als die verschiedenen aufgestellten Grundsätze einer Begründung — allerdings kann auch diese Zusammenstellung hier einen Anspruch auf Vollständigkeit nicht erheben; vielmehr ist dabei eine Beschränkung auf die bedeutendsten Einteilungsversuche nötig — ist doch seit der v. Kries'schen Abhandlung [14]), die den Ausgangspunkt einer umfassenderen literarischen Erörterung unserer Frage darstellt, keine größere Veröffentlichung erschienen, die sich ausschließlich mit diesem Problem beschäftigt und das Gebiet der Lehre von den sogen. Ausnahmen von der Teilnahme umfaßt hätte. Im Besonderen befassen sich mit dieser Materie aber die beiden Dissertationen von Brandes (Göttingen 1909) und Vogels (Heidelberg 1911). Bei ihnen tritt — im Anschluß an Freudenthals 1901 erschienene „notwendige Teilnahme" — die Scheidung von Einteilung (in drei Kategorien) und (einheitlicher) Begründung deutlich zu Tage. Lediglich die Stellungnahme der deutschen und österreichischen Rechtsprechung zu vorliegender Frage hat neuerdings Romeiss dargelegt, allerdings ohne jede Berücksichtigung der in der Wissenschaft vertretenen Auffassungen [15]). Abgesehen von den Lehrbüchern des Strafrechts und den Erläuterungsbüchern zum Reichsstrafgesetzbuch findet sich lediglich in einigen Ab-

[13]) Vgl. Beling, Dalcke, Geyer, Herzog, Kraewel, Meves, Stenglein, Zadek u. a.

[14]) Ztschr. 7/521 ff.

[15]) Romeiss in GS 99/382 ff.

handlungen, die die Teilnahmelehre als solche betreffen, eine systematische — mehr oder weniger umfangreiche — Erörterung.

Es wird sich demnach zuerst darum handeln, nach einer Darstellung der verschiedenen Einteilungsversuche der Wissenschaft den den einzelnen behaupteten Ausnahmeverbrechen zugrundeliegenden Leitsatz herauszuheben und sie dann unter bestimmten leitenden Gesichtspunkten zu bestimmten Gruppen zusammenzufassen. Erst dann kann die Begründung der Wissenschaft für diese Gruppen untersucht werden, die für sie — einzeln oder zusammen genommen — angestrebt worden ist.

5) Die Bedeutung der Lehre vom Tatbestand.

Zur Feststellung dieser sogen. Ausnahmedelikte und der ihnen eigenartigen Grundfrage ist grundsätzlich von der Untersuchung der einzelnen Verbrechenstatbestände des Strafgesetzbuches und seiner Nebengesetze auszugehen.

In unserem geltenden Strafrecht ist schuldhaft rechtswidriges Verhalten nur nach Maßgabe und im Umfang der gesetzlichen Strafdrohungen strafbar. Nur das „typische" Verhalten wird gestraft, jedoch nur im Zusammenhalt mit den sonstigen die Strafbarkeit angehenden Gesetzesvorschriften [16]).

Das Verbot oder Gebot einer Handlung und die an seine Zuwiderhandlung geknüpfte Festsetzung einer Straffolge bilden die unlöslich zusammengehörigen Bestandteile des Strafgesetzes. Demnach bilden Norm und Strafsatzung das Strafgesetz im Sinne des Reichsstrafgesetzbuches [17]). Die Merkmale des Verbrechens, die die „Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes" im engeren Sinne bilden und die zugrundeliegende Norm erkennen lassen, enthält der erste Teil jedes Strafgesetzes, der gesetzliche Tatbestand [18]). An ihn knüpft das Gesetz die Straffolge.

Der Verbrechenstatbestand ist daher „ein das Strafrecht in seiner ganzen Breite und Tiefe beherrschender Grundbegriff. Das ergibt sich daraus, daß ohne Bezug auf einen selbständigen Deliktstypus alle strafrechtlichen Erörterungen ins Leere fallen müßten (mit Streichung des gesamten „Besonderen Teils" des Strafrechts gäbe es überhaupt kein Strafrecht mehr, vorausgesetzt natürlich, daß der Grundsatz „Nulla poena sine lege" aufrechterhalten bliebe), und diese Deliktstypen eben wieder auf die gesetzlichen Tatbestände zurückbezogen sind" [19]). — Die Frage, welche Momente für die Aufstellung der gesetzlichen Tatbestände bedeutsam sind, kann hier unberücksichtigt bleiben.

In Bezug auf vorliegende Frage sind sämtliche Tatbestände des geltenden Rechts daraufhin zu untersuchen, ob sie bei der Tatbestandsverwirklichung mehrere Personen als notwendig Beteiligte erfordern. Da die „Notwendigkeit" der mehreren Personen jedoch ein Merkmal ist, welche den Mehrheitsverbrechen überhaupt eigen ist, muß zur Unterscheidung der Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung von denen mit allseitiger Strafdrohung weiterhin geprüft werden, ob die

---

[16]) Beling, Tatbestand S. 1 ff.

[17]) Lobe in LK S. 21 ff.

[18]) Lobe in LK 4. Aufl. S. 27.

[19]) Beling, a. a. O. S. 7; ähnlich u. v. a. Hippel, Lehrbuch S. 84 Anm. 3. Mit der Frage der sogen. „Tatbestandsmäßigkeit" als Begriffsmerkmal der Verbrechen hat dies nichts zu tun.

mehreren notwendig Beteiligten sämtlich — wie bei den Mehrheitsverbrechen mit allseitiger Strafdrohung — unter Strafe gestellt werden, oder nur eine von ihnen von der Strafdrohung erfaßt wird, der andere jedoch straffrei gelassen ist. Im Anschluß an diese beiden Fragen ist endlich — als für das zu erörternde Problem besonders bedeutsam — zu untersuchen, ob die notwendig beteiligte, straflose Person als Teilnehmer gestraft werden kann, wenn ihr Verhalten die wesentlichen Merkmale der Teilnahme im technischen Sinne erfüllt, d. h. ob eine Teilnahme des als Täter straflosen notwendig Beteiligten überhaupt möglich ist.

Dieser Gang der Tatbestandsprüfung gilt jedoch nur für einen — allerdings den größeren — Teil der Mehrheitsverbrechen. Es werden sich nämlich im geltenden Recht noch die verschiedensten Tatbestände finden lassen, die im Schrifttum zwar gewöhnlich zu den Verbrechen mit sogen. notwendiger Teilnahme gerechnet werden, z. B. § 120, § 180 StGB, die aber keine mit notwendiger Teilnahme darstellen. Aus der Untersuchung ihres Tatbestandes ergibt sich, daß sie keine Personenmehrheit erfordern, die bei der Tatbestandsverwirklichung notwendig beteiligt sein müßte. Der zweite Mischtatbestand des § 120 StGB straft z. B. den Gehilfen zur Selbstbefreiung, während die Befreiung des Gefangenen selbst straflos ist. Nimmt nun der Gefangene an einer derartigen Befreiungshandlung teil, dann taucht die Frage auf, ob der als Täter straflose Gefangene wegen Teilnahme an der zu seiner eigenen Befreiung geleisteten Beihilfe strafbar sein kann. Gerade dieses Problem ist aber den sogen. Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung und nur ihnen eigen. Rechnet man demnach sämtliche Delikte, bei denen die Frage nach der Teilnahme auftaucht, zu den Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung, so gehört auch das Delikt des § 120 StGB hierher.

Die Selbstbefreiung und die Gefangenenbefreiung sind zweifellos Delikte, die regelmäßig in Alleintäterschaft begangen werden. Da die erste straflos ist, mußte z. B. der Beteiligte als „Mittäter" selbständig mit Strafe bedroht werden (§ 120 StGB erster Mischtatbestand: „wer befreit"). Und da weiterhin grundsätzlich nur Teilnahme an einer strafbaren Tat geahndet werden kann, mußte die Beihilfe zur — straflosen — Selbstbefreiung von einer selbständigen Strafdrohung erfaßt werden, wenn man sie überhaupt bestrafen wollte, § 120 StGB zweiter Mischtatbestand („wer behilflich ist"). Allerdings ist der Gefangene im Tatbestand des § 120 StGB mit erwähnt, aber doch nicht derart, daß seine Mitwirkung notwendig wäre. Er ist lediglich als „Beziehungsobjekt" zu bezeichnen [20]). Er braucht also bei dieser „Beteiligungshandlung" nicht „beteiligt" zu sein. Er bringt keineswegs mit dem „Gehilfen" zusammen die unter Strafe gestellte Handlung hervor.

Aus diesem Grunde aber stellen derartige Verbrechen keine Delikte mit notwendiger Teilnahme dar. Jedoch erhebt sich auch bei ihnen die schon erwähnte eigentümliche Fragestellung. Die Frage der Teilnahme des Selbstverletzenden, des Selbstbefreiers, des Selbstbegünstigers weist mit der für die angeführten Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung wesentliche Ähnlichkeiten auf. Sieht man aber gerade in dieser Fragestellung das Wesensmerkmal der Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung, dann sind auch diese Delikte als besondere Gruppe hierher zu rechnen.

---

[20]) Bergen S. 93.

Die weitere Aufgabe ist demnach, im geltenden Strafrecht diejenigen Tatbestände aufzuweisen, bei denen das Verbrechen in Alleintäterschaft begangen wird, aber bestimmte Personen von einer Strafdrohung ausgenommen sind, wenn sie den Tatbestand verwirklichen, z. B. das Unterlassen der Selbstanzeige gegenüber dem Verbrechen der Nichtanzeige des § 139 StGB. Mitunter ist auch dieses Delikt als solches überhaupt nicht strafbar — z. B. bei Selbstbefreiung — aber die Begehung in Form der Beihilfe (im § 120 StGB) unter besondere Strafe gestellt. Die Einzeltatbestände müssen also daraufhin geprüft werden, ob der bei der Selbstbegehung Straflose sich etwa einer Teilnahme an der Tat eines anderen, der die Handlung in Beziehung auf ihn vornimmt, schuldig machen kann.

Diese Delikte bilden neben den Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung, die eine notwendige Beteiligung erfordern, die andere große Gruppe der sogen. Ausnahmen.

Wenn man mitunter auch eine Katalogisierung dieser Ausnahmeverbrechen als unnötig abgelehnt hat, so erscheint eine Gruppierung der einzelnen Delikte unter bestimmten Gesichtspunkten dennoch zweckmäßig. Abgesehen davon, daß die Wissenschaft eine Einteilung in besondere Gruppen oftmals versucht und mannigfache Einteilungsmöglichkeiten gefunden hat, ist eine Übersicht und Zusammenfassung der Verbrechenstatbestände gerade deshalb erforderlich, weil das Problem sich aus der Fassung der einzelnen Tatbestände ergibt und diese den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet. Außerdem ist es von Belang festzustellen, aus welchen Gründen und unter welchen Gesichtspunkten die weitverzweigten und verschiedenartigsten Verbrechenstatbestände des besonderen Teils sich zusammenfassen lassen. Endlich ließe sich — wie es z. B. von Bergen versucht wird — eine grundsätzliche Begründung, die für alle verschiedenen Fälle gleichartig ist, erst dann aufstellen, wenn man das den verschiedenartigen Einzelfällen innewohnende Gemeinsame gefunden hat. Dies ist aber erst nach eingehender Untersuchung der Einzeltatbestände möglich. Eine Gruppierung der sogen. Ausnahmeverbrechen erscheint demnach notwendig.

Aber selbst wenn — wie hier — die sogen. Ausnahmen als solche abgelehnt werden, empfiehlt sich ein Einteilungsversuch. Es handelt sich bei der vorliegenden Untersuchung gerade darum, den Grund für die Ablehnung herauszuheben. Dieser kann aber erst nach eingehender Auseinandersetzung mit dem vorhandenen Schrifttum gefunden werden. Dazu bedarf es aber einer Katalogisierung, da man sonst — der Mannigfaltigkeit der Einzelfälle und ihrer Begründung entsprechend — keinen Überblick erhalten würde. Festzustellen ist jedoch, daß die Einteilung nur ein vorläufiges Hilfsmittel ist. Sie soll lediglich die Aufstellung gewisser Grundsätze ermöglichen. Daß die Begründung der Ablehnung für sämtliche Verbrechen die gleiche ist, ist lediglich das Endergebnis, das sich erst auf diesem Umwege erreichen läßt.

Abschnitt I.

Der Begriff der sogenannten Mehrheitsverbrechen.

Kapitel 1.

Die Einteilung der Ausnahmen von der Teilnahme in der Wissenschaft.

1) Die Dreiteilung der Ausnahmen bei von Kries.

a) Die Teilnahme des Geschützten im Falle der Schutzgesetze.

Daß eine Gruppierung der Einzelfälle auch tatsächlich möglich ist, läßt sich schon aus dem — allerdings hier abzulehnenden — ersten Einteilungsversuch entnehmen.

Als erster hat nämlich v. Kries das Problem der sogen. Ausnahmen von der Teilnahme im Jahre 1887 systematisch — unter eingehender Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts — in Angriff genommen[1]). Er war sich der großen Bedeutung und der Notwendigkeit einer näheren Untersuchung des Problems schon damals vollkommen bewußt. Denn „vielfach findet sich bei den kriminalistischen Autoren bald bei diesem, bald bei jenem Verbrechen eine vereinzelte Bemerkung in der hier interessierenden Richtung. Es unterbleibt aber, die sich daraus ergebende prinzipielle Konsequenz zu ziehen"[2]).

Von Kries, der in seinem „Beitrag zu der Lehre von der Teilnahme" die fraglichen Tatbestände erstmalig für das geltende Recht eingehend untersucht hat, zeigt die Bedeutung der Frage in voller Größe auf. Da nun seine Einteilung der sogen. Ausnahmen von der Wissenschaft vielfach übernommen worden ist, ja fast immer als Ausgangspunkt benutzt wird, so soll auch hier von der v. Kries'schen Abhandlung ausgegangen werden.

Von Kries will in verschiedenen Fällen die Teilnahmegrundsätze nicht oder wenigstens nicht uneingeschränkt angewandt wissen. Nach seiner Auffassung ist eine einheitliche, für alle in Betracht kommenden Fälle zutreffende Begründung unmöglich. Er gruppiert daher die Ausnahmen in eigentlich vier Kategorien, die sich jedoch auf drei verringern lassen; die vierte (bei v. Kries S. 557 aufgestellte) Verbrechensgruppe ist bei der hier anzustellenden Erörterung nicht zu verwenden.

Nach seinem ersten Grundsatz[3]) kann diejenige Person, zu deren Schutz ein Strafgesetz erlassen ist, niemals wegen Teilnahme an dessen Übertretung gestraft werden. Derartige Strafgesetze, die zum Schutze

[1]) Zeitschrift Bd. 7 S. 521 ff.
[2]) v. Kries S. 526 Anm. 2.
[3]) S. 527 unter I.

bestimmter Personen erlassen sind, stellen nach v. Kries zunächst dar: die Ausbeutung Minderjähriger in den §§ 301 und 302 StGB und die Wuchervorschriften. Eine sachliche Begründung bleibt uns v. Kries für seine Ansicht aber in diesen Fällen schuldig. Es wird lediglich mehrfach versichert, daß diese Fälle einer Begründung nicht bedürfen, denn: „es ist schlechterdings undenkbar, daß der Minderjährige selbst wegen Anstiftung oder Beihilfe zu dem Verbrechen des § 301 bestraft werden könne. Ganz das Gleiche gilt selbstverständlich für den qualifizierten Fall dieses Verbrechens in § 302 und für den Wucher. Es unterliegt ja gar keinem Zweifel, daß tatsächlich sehr oft, wohl in den meisten Fällen, die Tätigkeit des Bewucherten sich als Anstiftung darstellt: der Wucherer läßt sich ja meistenteils noch lange mit Bitten bestürmen, ehe er in den Abschluß des Geschäfts willigt[4]). Auch der Charakter dieses letzteren, seine Rechtswidrigkeit usw., kann ja dem Opfer sehr wohl bekannt sein. Gleichwohl wird wohl niemand ernstlich die Meinung vertreten, daß der Ausgebeutete wirklich wegen Anstiftung zu bestrafen sei“ [5]).

Mit dieser allgemeinen Begründung ist heute nicht mehr auszukommen. Zuzustimmen ist aber v. Kries darin, daß in Wissenschaft wie in der Rechtsprechung „niemand ernstlich die Meinung vertreten“ hat, daß die geschützte Person wegen Teilnahme zu bestrafen ist[6]).

Weiter gehören hierher die Unzucht mit Abhängigen, § 174 StGB. „Die Straflosigkeit der als Anstifter oder Gehilfen tätigen Objekte kann nur damit begründet werden, daß man auf den Zweck der Strafvorschrift, diesen Personen Schutz zu gewähren, hinweist: die Schärfe des Gesetzes kann sich also nicht gegen sie selbst kehren[7]).“ Ferner rechnet v. Kries hierher: die qualifizierte Kuppelei, § 181 Nr. 2, die Unzucht mit Personen unter 14 Jahren, § 176 Nr. 3, die Tötung auf Verlangen, § 216, die Aussetzung, § 221, den Kinderraub, § 235, die Entführung der Einwilligenden, § 237, und den Ehebruch des § 172 StGB. Bei allen diesen Delikten kann sich die durch die Strafbestimmungen geschützte Person keiner strafbaren Teilnahme schuldig machen, wenn auch die Handlung sich als Teilnahme im technischen Sinne darstellt. Es liegen hier also nach v. Kries Ausnahmen von der Teilnahme am Verbrechen vor.

b) Die Teilnahme des Haupttäters an einer Beteiligungshandlung

Weiterhin sind in der zweiten Gruppe die Fälle mit einer mehrfachen Beteiligung einer Person an demselben Verbrechen zusammengefaßt. Nach dem zweiten Grundsatz [8]) kann jemand, der sich als Täter oder in sonst schwererer Form an einem Hauptdelikt beteiligt hat, nicht gleichzeitig wegen Teilnahme an einer Beteiligungshandlung bestraft werden, auch wenn die der Haupthandlung gegenüberstehende Teil-

[4]) Ähnlich schon Heinze S. 14: „Bekanntlich ist in der Mehrzahl der wucherlichen Geschäfte nicht der Bewucherte, sondern der Wucherer derjenige, der erst überredet sein wollte“.

[5]) S. 527.

[6]) Späterhin nahm nur Coenders (S. 213 ff.) den entgegengesetzten Standpunkt ein. Anhänger hat er jedoch für seine Meinung nicht gefunden.

[7]) S. 528.

[8]) S. 534 unter II.

nahmehandlung vom Gesetz zu einem selbständigen Verbrechen erhoben ist.

In dieser Form ist nun aber der zweite Grundsatz bei v. Kries in den einzelnen Ausführungen nicht deutlich zum Ausdruck gelangt. Um den nicht einheitlich formulierten v. Kries'schen Grundsatz genauer zu fassen, hat Freudenthal die Zusammenfassung sämtlicher gemeinten Fälle in die von ihm selbst als „schwerfällig" anerkannte Form gebracht[9]: „Der Täter der (strafbaren oder straflosen) Haupthandlung kann wegen seiner Teilnahme an einer Handlung, die sich materiell gegenüber der Haupthandlung als Teilnahme darstellt, selbst dann nicht gestraft werden, wenn sie vom Gesetz zum besonderen Delikt erhoben ist. Das Gleiche gilt von dem, der an der Haupthandlung sich zwar nicht als Täter, wohl aber in anderer schwererer Form beteiligt hat, als an der Teilnahmehandlung."

In allen diesen Fällen handelt es sich also einmal um eine straflose Anstiftung oder Beihilfe des (straflosen oder strafbaren) Haupttäters[10] zu bezw. an einer Handlung eines Anderen, die sich als „Teilnahmehandlung" darstellt. Es sind dies keine Teilnahmehandlungen im technischen Sinne. Vielmehr ist hier die Beihilfe — nur diese Teilnahmeform kann hier in Betracht kommen, da nur die Beihilfehandlung als Beteiligungstatbestand eine verselbständigte Verbrechensform darstellt — zu einem strafbaren selbständigen Verbrechen erhoben. Andererseits wird der Anstifter des Haupttäters nicht noch wegen einer Beihilfehandlung gestraft, auch wenn diese selbständig unter Strafe gestellt ist.

Fälle dieser Art — mit strafbarer Haupthandlung — sieht v. Kries u. a. im Kartelltragen, § 203 StGB, und in der Abtreibung, § 218 StGB a. F. Bei der Begründung wird ausgegangen von dem unbestritten geltenden Grundsatz, daß eine Person bei mehrfacher Beteiligung an demselben Verbrechen stets nur ein Mal gestraft wird. Durch Anwendung dieses Grundsatzes auf die hier vorliegenden Fälle gelangt von Kries zu dem Schlusse, daß bei verselbständigten, strafbaren Teilnahmehandlungen niemals der Täter oder der in schwererer Form am Hauptverbrechen Beteiligte daneben noch als Anstifter oder Gehilfe bestraft werden kann. Den Grund sieht er darin, daß dann „überhaupt nur eine Handlung bezw. eine Absorbierung der einen durch die andere vorliegt."

Daher kann unter diesem Gesichtspunkt der Herausforderer oder wer zum Zweikampf angereizt hat (§ 210) nicht wegen Anstiftung zum Kartelltragen (§ 203) gestraft werden. Denn das Kartelltragen ist nichts anderes als Beihilfe zur Herausforderung bezw. zum Zweikampf selbst.

Ferner ist hierher zu rechnen: die Beförderung der Fahnenflucht, § 141 StGB. Der aus §§ 69 ff MStGB wegen Fahnenflucht zu bestrafende Soldat kann nicht noch außerdem dafür bestraft werden, daß er zur Beförderung seiner Desertion angestiftet hat.

Als Fälle — mit strafloser Haupthandlung — werden angeführt: die Gefangenenbefreiung, § 120 StGB, die Kuppelei, § 180, und die Begünstigung und Hehlerei der §§ 257 ff StGB. Hier muß nach von Kries die Anstiftung des Gefangenen zur Beförderung der straflosen Selbstbefreiung ebenso straflos bleiben, wie die Anstiftung zur Selbst-

[9]) Freudenthal S. 102/103, S. 103 Anm. 1.

[10]) Die Unterscheidung in strafbare und straflose Haupthandlung tritt bei von Kries selbst noch nicht deutlich hervor.

begünstigung und die Anstiftung zur Kuppelei durch einen Verkuppelten. Für die Beihilfe gilt das Gleiche. Die Begründung ist dieselbe wie bei dem Kartelltragen und der Abtreibung.

Bei der Abtreibung des § 218 StGB a. F. soll sich nach v. Kries[11]) ergeben — und dies ist für diese Gruppe der Ausgangsfall — „daß derjenige, welcher die Schwangere zur Abtreibung angestiftet habe (§§ 218 Abs. 1, 48), nicht außerdem wegen Anstiftung zur Anwendung von Abtreibungsmitteln (§§ 218 Abs. 3, 48) bestraft werden dürfe. In dem dritten Absatz des § 218 wird ebenfalls eine Beihilfehandlung unter selbständige Strafe gestellt, so daß die Teilnahme an diesem Verbrechen durch die schwerere Form der Beteiligung an dem Hauptverbrechen konsumiert wird" [12]).

Es ist nun aber der Grundsatz bei v. Kries betreffs der Abtreibung nicht folgerichtig durchgeführt. Im allgemeinen sind nach v. Kries zwei Fälle zu scheiden. In der hier behandelten Kategorie handelt es sich bei der einen Art immer um eine Teilnahme des Haupttäters an einer Beihilfehandlung zu seiner eigenen Tat. Haupttäter ist aber hier die Schwangere, während der dritte Absatz des § 218 StGB a. F. die Teilnahme des Anderen als selbständige Beihilfehandlung unter Strafe stellt. Demnach müßte in diesem Fall eine weitere Teilnahme der Schwangeren, die selbst aus § 218 Abs. 1 StGB a. F. strafbar ist, an der verselbständigten Beihilfe des § 218 Abs. 3 straflos sein. Daß von Kries auch bei der Abtreibung vornehmlich diese Ausnahme berücksichtigt wissen wollte, ergibt sich aus seinen weiteren Erörterungen, insbesondere aus seinem Vergleich mit dem gleichliegenden Fall des Kartelltragens. Ganz deutlich wird dies vor allem aus der Ablehnung einer Entscheidung des Reichsgerichts (RGStE 1/350), in der es heißt: „Als selbständiges Delikt läßt es andererseits wie jedes selbständige Verbrechen wiederum die verschiedenen Arten der Teilnahme anderer, auch der Schwangeren, zu." Nach v. Kries[13]) ist der Schluß „aber bezüglich der Schwangeren völlig übereilt. Denn dadurch, daß die Beihilfehandlung zum selbständigen Verbrechen erhoben ist, wird der Satz keineswegs beseitigt, daß der Täter der Haupttat nicht noch wegen einer anderen Form der Beteiligung bestraft werden könne."

Ähnlich liegt der zweite Fall, wenn nämlich der Anstifter der Schwangeren (§§ 218 a. F., 48 StGB) noch eine (selbständig mit Strafe bedrohte) Beihilfehandlung zur Abtreibung mit Einwilligung der Mutter im Sinne des § 218 Absatz 3 StGB a. F. vorgenommen hat. Hier ist der Anstifter nur wegen seiner Anstiftung zu bestrafen. Wer in schwererer Form (als Anstifter) am Hauptverbrechen beteiligt ist, kann nicht noch wegen anderweitiger Beteiligung (Beihilfe) gestraft werden; denn dann liegt „überhaupt nur eine Handlung bezw. eine Absorbierung der einen durch die andere" vor. Die neben der Anstiftung geleistete Beihilfe geht demnach in der ersteren auf.

Der gleiche Gesichtspunkt ist aber auch hinsichtlich des bei von Kries bei der Abtreibung als Ausgang gegebenen Falles anzuwenden. Stiftet nämlich jemand die Schwangere zur Abtreibung an und macht er sich gleichzeitig einer „Anstiftung zur Anwendung von Abtreibungsmitteln" schuldig, so liegen hier an und für sich zwei verschiedene An-

[11]) S. 535.

[12]) Fast wörtlich ist die v. Kries'sche Darlegung von Freudenthal (S. 87) übernommen worden. Vgl. auch Vogels S. 9. Hierfür gilt gleichfalls das im Folgenden Gesagte.

[13]) S. 537/538.

stiftungen zu zwei verschiedenen Verbrechen vor. Denn im § 218 Absatz 3 StGB a. F. wird eben eine Beihilfe, die immer von einem Dritten ausgehen muß, zum selbständigen Verbrechen erhoben und keine Anstiftung [14]). Nach v. Kries soll aber die Anstiftung zur Beihilfehandlung von der Anstiftung der Schwangeren zur Abtreibung „absorbiert" werden.

c) Die Teilnahme des aus dem Willen, dem Zweck und dem Zusammenhang der Gesetze straflosen Täter.

Schließlich ist nach dem dritten Grundsatz [15]) die dritte Klasse der Ausnahmen dadurch gekennzeichnet, daß jemand als Teilnehmer straflos bleiben muß, wenn aus dem Tatbestand oder aus dem Willen, dem Zweck und dem Zusammenhang der Gesetze die Vermutung dafür spricht, daß bestimmte Personen oder Handlungen überhaupt nicht gestraft werden sollen. Dies dürfe nicht dadurch vereitelt werden, daß man die technischen Teilnahmevorschriften zur Anwendung bringe und die aus dem Zweck der Gesetze heraus straflosen Personen als Anstifter oder Gehilfen am Verbrechen eines Anderen strafe. Hier müssen zur Erfüllung des Tatbestandes Personen mitwirken, die vom Gesetz nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht sind. Diese können aber niemals wegen irgendeiner Form der Teilnahme an diesem Delikt zur Verantwortung gezogen werden.

Dieser Satz umfaßt u. a. die Fälle der Beamtenbestechung, § 331 StGB, der Stimmendelikte, z. B. den Stimmenverkauf des § 243 KO, und endlich die Gläubigerbegünstigung im Konkurs, § 241 KO.

So ist in den §§ 333 und 334 Absatz 2 StGB die aktive Bestechung zur Vornahme einer pflichtwidrigen Handlung gesetzlich als selbständiges Verbrechen aufgefaßt und nicht als bloße Beteiligung zu der passiven Bestechung, die nur im § 332 StGB für strafbar erklärt ist. Bei der Bestechung zur Vornahme einer nichtpflichtwidrigen Handlung ist nur die passive Seite, die Geschenkannahme, im § 331 StGB, nicht aber die aktive Tätigkeit, das Gewähren usw., mit Strafe bedroht. Die aktive Bestechung zu einer nichtpflichtwidrigen Handlung steht also nicht unter Strafe. Dadurch ist negativ zum Ausdruck gebracht, daß derartige Handlungen überhaupt nicht, d. h. auch nicht als Teilnahme, strafbar sein sollen. Der Zweck jeglicher Straflosigkeit des Bestechenden in diesem Fall ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang der Strafbestimmungen.

Aus § 243 KO ist ferner unter dem gleichen Gesichtspunkt der Gemeinschuldner oder eine andere Person, von der der Gläubiger sich die Vorteile hat gewähren oder versprechen lassen, als Anstifter oder Gehilfe straflos.

Kurz zusammengefaßt gelten also nach v. Kries folgende sogen. Ausnahmen in der Teilnahmelehre:

1) Personen, zu deren Schutz ein Strafgesetz erlassen ist, sind niemals wegen Teilnahme an dessen Übertretung strafbar.
2) Personen, die sich als Täter oder in sonst schwererer Form an einer strafbaren oder straflosen Haupthandlung beteiligt haben, können nicht gleichzeitig wegen Teilnahme an einer Beteiligungshandlung

[14]) Vgl. RGE 62/74 ff.
[15]) Vgl. v. Kries S. 546 unter III.

gestraft werden, auch wenn diese zu einem selbständigen Verbrechen erhoben ist.

3) Personen, die aus dem Willen, dem Zweck und dem Zusammenhang der Gesetze heraus als Täter straflos bleiben, dürfen auch nicht als Teilnehmer gestraft werden.

2) Die Einteilung der Ausnahmen in der übrigen Wissenschaft.

a) Die Ablehnung jeglicher Einteilung.

Im übrigen Schrifttum bestehen nun hinsichtlich der Einteilung und Gruppierung der Einzelfälle vielfache bedeutende Abweichungen. Verschiedentlich hat man sich um eine Einteilung der verschiedenen Einzelfälle bemüht und sich dabei mehr oder weniger an die erste, von von Kries aufgestellte, Gruppierung gehalten. Jedoch finden sich auch Einteilungen, die bewußt von der v. Kries'schen Aufstellung abweichen; und schließlich hat ein — allerdings nur kleiner — Teil des strafrechtlichen Schrifttums eine Einteilung der einzelnen Ausnahmefälle überhaupt abgelehnt. — Daß das Reichsgericht niemals eine systematische Einteilung der Ausnahmen vorgenommen hat, ist aus seiner Tätigkeit heraus nicht verwunderlich [16]).

So hat z. B. Bergen im Rahmen seiner Untersuchung über die sogen. Mehrheitsverbrechen eine Darstellung der Ausnahmen gegeben. Danach hat eine Einteilung der Mehrheitsdelikte unter sich zu erfolgen [17]). „Obwohl zugegeben werden muß, daß aus einer umfassenden festen Begrenzung dieser Verbrechen neue praktische Ergebnisse kaum gewonnen werden können, so dürfte sie doch im Interesse wissenschaftlicher Klarheit und Sauberkeit erwünscht sein. Dies umsomehr, als die Antwort auf die Frage nach dem Wesen der Mehrheitsdelikte zugleich der Schlüssel zur Lösung derjenigen Fragen sein mag, welche die stark umstrittenen sogen. Ausnahmen von der Teilnahmelehre betreffen." Für die hier zur Behandlung stehende „Kategorie der Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung wäre eine grundlegende Unterscheidung wenig bedeutsam; einer vorübergehenden Einteilung wird es allerdings später bedürfen" [18]). Die nach Bergen notwendige Vereinheitlichung der Begründung der einzelnen Ausnahmefälle erspart „diese bisweilen schwierige Einordnung des einzelnen Tatbestandes unter die eine oder die andre Verbrechensgruppe, die immer zu ein und demselben Ergebnis führen würde. Insbesondere bedarf es keiner Einordnung des einzelnen Delikts unter eine der drei von v. Kries aufgestellten Kategorien, deren Grenzen untereinander flüssige sind. Angesichts des vereinfachten und unmißverständlichen Ergebnisses erübrigt sich auch die Aufstellung eines Kataloges der hier in Frage kommenden Verbrechen, die wohl kaum erschöpfend sein könnte [19])." Nach seiner Ansicht soll daher möglichst vermieden werden, eine Erörterung einzelner Straftatbestände vorzunehmen; Bergen hat sich daher lediglich die Herausarbeitung allgemeiner Grundsätze zur Aufgabe gestellt [20]). Aber gerade weil er die Einzeltatbestände nicht genügend berücksichtigt,

[16]) Vgl. den Einteilungsversuch bei Romeiss GS 99/382 bezgl. der von dem Reichsgericht abgeurteilten Fälle.

[17]) Bergen S. 5.

[18]) Bergen S. 45.

[19]) Bergen S. 97.

[20]) Bergen S. 40 Anm. 190, S. 75.

kommt er zu falschen Ergebnissen. Aus diesem Grunde ist auch seine „vorläufige Einteilung[21])" nicht verwertbar, wie noch zu zeigen sein wird.

Weiterhin ergibt sich nach Reichle[22]) bei diesem Problem das Ergebnis weniger aus den Vorschriften über die Teilnahme; sondern es handelt sich um „Auslegungsprobleme des Besonderen Teils." Daher scheidet er die Frage nach den Ausnahmen aus der allgemeinen Lehre von der Täterschaft und Teilnahme aus.

Nach der Ansicht Hobergs[23]) erleidet die allgemeine Vorschrift, daß der Anstifter oder Gehilfe zu fremder Tat als Teilnehmer haftet, aus dem Charakter der Einzelnorm gewisse Ausnahmen. Demnach ist aber in diesem Fall der dritte Grundsatz bei v. Kries, nach dem sich die Ausnahmen aus dem Willen des Gesetzgebers ergeben, allein maßgebend. — Oder es bedarf schließlich nach Beling[24]) „der zum Teil streitigen Sonderauslegung", der aber eine systematische Behandlung dieser Frage widerstrebt.

Aus diesen Anschauungen ergibt es sich von selbst, daß bei diesen Vertretern eine Gruppierung der einzelnen Ausnahmeverbrechen unter bestimmten großen Gesichtspunkten unmöglich ist. Daß dieser Standpunkt jedoch, abgesehen von der — noch näher zu untersuchenden — auf der Prüfung der Einzeltatbestände beruhenden Einteilungsmöglichkeit unter gewissen abgrenzbaren Merkmalen, allein schon aus der Fülle der möglichen im Gesamtgebiet des deutschen geltenden Strafrechts zu findenden Einzelfälle äußerst unbefriedigend ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Zu berücksichtigen ist aber auch, daß sich erst nach einer Zusammenstellung der verschiedenen Einzelfälle der sogen. Ausnahmen erkennen läßt, ob ihnen allen ein allgemeiner Grundsatz eigen ist oder nicht.

b) Die Einteilung der Ausnahmen im Anschluß an von Kries.

Wenn auch das Schrifttum vielfach die v. Kries'sche Einteilung der Ausnahmen im Großen und Ganzen übernommen hat, so bestehen doch hinsichtlich der Aufstellung der einzelnen Gruppen untereinander wieder Abweichungen. Um einen Überblick zu gewinnen, sollen jedoch hier nur die wichtigsten Einteilungsversuche wiedergegeben werden. Von der im Einzelnen unbedeutenden Frage der Umstellung der einzelnen Kategorien kann dabei abgesehen werden.

Außer von Brandes[25]) und Vogels[26]), die die v. Kries'sche Einteilung fast wörtlich übernommen haben, vertreten u.a. auch Liszt, Allfeld, Gerland, v. Hippel, Adolf Merkel, Merkel-Liepmann, Schwarz und Romeiss eine Gruppierung der sogen. Ausnahmen, die der v. Kries'schen Dreiteilung im Allgemeinen nachgebildet ist.

In diesen Einteilungsversuchen des strafrechtlichen Schrifttums wird der erste Grundsatz einheitlich herausgehoben; es kann also die

---

[21]) Bergen S. 45.
[22]) Reichle S. 7.
[23]) Hoberg S. 86/87.
[24]) Beling, Grundriß S. 62.
[25]) u.a. S. 54, S. 59.
[26]) u. a. S. 4, S. 11.

durch eine Strafvorschrift geschützte Person nicht wegen Teilnahme an der Zuwiderhandlung gegen diese Bestimmung gestraft werden[27]).

Während diese erste Kategorie der Ausnahmen immer fast wörtlich übernommen worden ist, hat der zweite Grundsatz dem Sinne nach und im Wortlaut einige Umwandlungen erfahren. Nach v. Liszt[28]) z. B. kann der Haupttäter nicht wegen Anstiftung oder Beihilfe zu einer Beihilfehandlung bestraft werden, wenn das Gesetz Teilnahmehandlungen als selbständige Verbrechen unter besondere Strafe stellt, während die Haupthandlung straflos bleibt. Bemerkenswert ist hierbei, daß v. Liszt den v. Kries'schen Satz dahin eingeschränkt hat, daß lediglich der straflose Haupttäter sich nicht einer Teinahme am Beteiligungstatbestand schuldig machen kann, während der strafbare Haupttäter, der in einem besonderen Tatbestand unter Strafe gestellt ist, nicht hinzugerechnet wird[29]). Gerland[30]) bezieht dagegen in diese Gruppe auch die Fälle, in denen das Gesetz Teilnahmehandlungen als delicta sui generis unter besondere Strafdrohungen stellt. Die Teilnahme des straflosen Haupttäters wird anscheinend zu der Gruppe gerechnet, die die sogen. Schutzgesetze betrifft. Gleichartig faßt Adolf Merkel diese Kategorie[31]). Wenn danach die Teilnahmehandlung als selbständiges Delikt bestraft wird, ist die Beteiligung desjenigen, der bei dem Hauptdelikt als Täter erscheint, an der Begehung jener Nebendelikte straflos. Auch hier sind von dieser Gruppe wieder die Fälle einer Teilnahme des straflosen Täters ausgenommen.

Der dritte Grundsatz der v. Kries'schen Einteilung ist ebenfalls im Allgemeinen in seiner ursprünglichen Form vom Schrifttum übernommen worden. Nach v. Liszt, v. Hippel, Merkel, Schwarz und Romeiss[32]) dürfen gewisse Personen nicht als Täter an der Tat des anderen Teils bestraft werden, wenn ihre Straflosigkeit aus dem Sinne, dem Zweck und dem Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmungen erkennbar ist, während Allfeld[33]) und Gerland[34]) diese Fälle zu dem Begriff der notwendigen Teilnahme in Beziehung setzen. Wenn im Gesetz bei sogen. notwendiger Teilnahme nur die Tätigkeit in der einen Richtung, nicht auch die in der anderen unter Strafe gestellt ist, dann ist hiernach eine Ausnahme von der Strafbarkeit der Teilnehmer gegeben.

---

[27]) Liszt S. 345/6 zu 1); Allfeld S. 210 zu IV a; Gerland S. 114 zu d; v. Hippel II S. 486 zu V, 1; ders. Lehrbuch S. 169 zu III; Merkel S. 148 zu 10, b; ebenso Merkel-Liepmann S. 169; Schwarz, Vorbem. 2 a zum II. Teil, 3. Abschn. S. 126; Romeiss S. 382/4.

[28]) S. 346 zu V, 2.

[29]) Ähnlich auch Schwarz S. 126 zu 2, b; Allfeld S. 210 zu VI b; Hippel II S. 486 zu V, 2; dagegen Hippel, Lehrbuch S. 169 zu III, 2; „Wer als Täter einen Tatbestand straflos verwirklichen darf, kann nicht wegen Teilnahme bestraft werden". Vgl. auch Romeiss S. 383/6 f.

[30]) S. 143 zu c.

[31]) S. 148 zu 10, e.

[32]) Liszt S. 346 zu 3; Hippel II S. 487 zu 3), Lehrbuch S. 169 zu III, 3; Merkel S. 148 zu 10, c: „unter Verhältnissen, wo daraus hervorgeht, daß der Gesetzgeber sie nicht unter das betr. Strafgesetz subsumiert haben will". Schwartz S. 126 zu 3; Romeiss S. 683.

[33]) S. 210/212 f.

[34]) S. 143.

Kapitel 2.

Die sogenannte notwendige Teilnahme.

1) Die Ausnahmen und die sogenannte notwendige Teilnahme.

a) Die notwendige Teilnahme als Ausgangspunkt für die Ausnahmen.

Oft hat man diese Frage nach den Ausnahmen von der Teilnahme in enge Beziehung zum Problem der sogen. notwendigen Teilnahme gebracht und eine Lösung in deren Rahmen zu geben versucht. So hat z. B., wie schon gezeigt, neuestens Bergen[35]) eine Einteilung der Verbrechen, die zur notwendigen Teilnahme zu rechnen sind, der von ihm benannten Mehrheitsverbrechen, „im Interesse wissenschaftlicher Klarheit und Sauberkeit" für erwünscht erklärt, insbesondere weil sie die Lösung des Problems der sogen. Ausnahmen geben könnten. Eine Gruppierung der Ausnahmefälle, die eine Unterart der Mehrheitsverbrechen darstellen, hat er aber lediglich vorübergehend vorgenommen.

Auch im übrigen Schrifttum sieht man zwischen den Verbrechen mit notwendiger Teilnahme und den Ausnahmen mitunter einen so engen Zusammenhang, daß man beide Verbrechensgruppen unter dem Begriff der notwendigen Teilnahme behandelt. Als ausdrucksvollstes Beispiel sei hierfür in erster Linie Mezger[36]) erwähnt. Bei der Behandlung Mezgers ist auffallend, daß er weiterhin diese Frage mit den Strafausschließungsgründen durch persönliche Verhältnisse in Zusammenhang bringt. Ein eigenartiger Grund des Strafausschlusses ergebe sich nämlich aus dem Gesichtspunkt der notwendigen Teilnahme. „Solche notwendige und damit straflose Teilnahme findet sich bei Delikten, die nach ihrem Tatbestand ein Zusammenwirken mehrerer Personen voraussetzen." Mezger unterscheidet dann betreffs der Straflosigkeit des einen notwendigen Beteiligten folgende drei Fälle:

a) Straflos ist die passive Beteiligung der durch das betreffende Gesetz geschützten Person (z. B. §§ 302, 184 Ziffer 1, 176 StGB). In diesen Fällen ist auch eine weitere Beteiligung (z. B. Anstiftung) des Straflosen an dem Delikt des mit Strafe bedrohten straflos[37]).

b) Weiterhin ist straflos die passive Beteiligung in anderen Fällen, in denen von mehreren Beteiligten nur der aktive Teil mit Strafe bedroht ist (z. B. §§ 120, 180 StGB). Hier ist die vom Gesetz als notwendige gedachte Beteiligung dieser Personen, des Gefangenen und der verkuppelten Person, straflos, eine weitergehende Beteiligung — im Gegensatz zur v. Kries'schen Ansicht — dagegen strafbar.

c) Und endlich ist die notwendige Teilnahme einer Person in dem Falle straflos, wo das Gesetz von mehreren Beteiligten nur einzelne Personen mit Strafe bedroht (z. B. § 243 KO). Diese Fälle werden als die sogen. notwendige Teilnahme im engeren Sinne bezeichnet. Dabei ist die notwendige Beteiligung des nicht Bedrohten straflos; eine über die notwendige Teilnahme hinausgehende weitere Beteiligung, etwa Anstiftung, ist dagegen — wieder im Gegensatz zu der v. Kries vertretenen Ansicht — strafbar.

---

[35]) a. a. O. S. 5.

[36]) Lehrbuch S. 454 f.

[37]) Die inhaltliche Begründung der einzelnen Sätze der im Folgenden angeführten Vertreter ist hier noch nicht von Belang.

Gleichfalls unter dem Begriff der notwendigen Teilnahme betrachtet Oppenhoff[38]) die sogen. Ausnahmen. Unter der notwendigen Teilnahme werden diejenigen Fälle begriffen, bei denen das Delikt selbst begriffsmäßig die Mitwirkung einer zweiten oder mehrerer Personen voraussetzt. Eine Ausnahme von der Strafbarkeit ergibt sich — abgesehen von den Fällen, in denen das Gesetz die Mitwirkung jedes Einzelnen besonders und zwar ungleichmäßig bestraft, mithin die Grundsätze über die notwendige Teilnahme von vornherein ausschließt — nach Oppenhoff nur in zwei Fällen der sogen. notwendigen Teilnahme[39]):

a) namentlich bei solchen Personen, zu deren besonderen Schutz die betreffenden Strafvorschriften ergangen sind, insbesondere §§174, 181 Nr. 2, 235, 301, 302 a StGB. In der Regel finden auf diese Personen die §§ 47 bis 49 StGB keine Anwendung. Damit scheidet also auch nach der Ansicht Oppenhoffs die Möglichkeit einer Anstiftung aus.

b) Straflos ist weiterhin die Handlung der notwendig Beteiligten dann, wenn sich aus dem Willen des Gesetzgebers seine Straflosigkeit überhaupt, also auch im Falle der Teilnahme ergibt. Die Handlung des notwendig Beteiligten bei den Delikten mit notwendiger Teilnahme ist aber dann strafbar, wenn das Gesetz lediglich die Handlung des einen Mitwirkenden mit Strafe bedroht, und selbst hier nur dann, wenn angenommen werden muß, daß der gesetzgeberische Wille nicht dahin gegangen ist, die Handlung des Anderen überhaupt straflos zu lassen; ausschließlich in solchen Fällen kann von einer Teilnahme des Letzteren und zwar nicht als Mittäter — wie grundsätzlich bei der notwendigen Teilnahme — sondern als Gehilfe oder Anstifter die Rede sein.

Weiterhin geht auch Max Ernst Mayer[40]) vom Begriff der notwendigen Teilnahme aus, um aus ihm die sogen. Ausnahmen herzuleiten. Notwendig ist danach die Teilnahme, wenn die Begehung eines Verbrechens begrifflich zwei oder noch mehr Personen erfordert. Bedroht das Gesetz aber von zwei notwendig beteiligten Personen nur eine mit Strafe, so ist die andere straflos, selbst dann, wenn sie mehr tut, als begrifflich notwendig ist. Eine weitere Einteilung der Ausnahmeverbrechen nimmt Max Ernst Mayer jedoch nicht vor.

Schließlich kommt Paul Merkel[41]) auf Grund der Freudenthal'schen Unterscheidung der Verbrechen mit notwendiger Teilnahme zu einem ähnlichen Ergebnis. Nach Merkel gibt es nämlich Tatbestände, die ein Zusammenwirken mehrerer Personen nach derselben Richtung voraussetzen (Konvergenzdelikte), ferner aber auch Tatbestände, bei denen neben der Tätigkeit des einen Täters eine korrespondierende Tätigkeit des anderen Beteiligten verlangt wird (Begegnungsdelikte). Die Tatbestände der letzteren Delikte verlangen jedoch nicht, daß der korrespondierend Beteiligte ebenfalls strafbar sein müsse. In mehreren Fällen ist die an der Tat passiv beteiligte Person überhaupt nicht strafbar, auch nicht als Teilnehmer an der Tat des aktiv Beteiligten, einerlei ob der Gesetzgeber die korrespondierende

---

[38]) Vorbem. zum III. Abschnitt zu 2) S. 108 f.
[39]) Ähnlich auch Koehler S. 505 ff.
[40]) Strafrecht S. 385/6.
[41]) S. 185/186.

Person lediglich nicht für strafwürdig hält, oder ob der Tatbestand zu seinem Schutze aufgefaßt wird.

b) Die Scheidung der Ausnahmen innerhalb und außerhalb der notwendigen Teilnahme.

Bei allen diesen Ansichten ist die notwendige Teilnahme der Ausgangspunkt für die Ableitung der Ausnahmefälle. Jedoch ist in einem Teil des strafrechtlichen Schrifttums auch eine straffe Scheidung zwischen den Delikten mit notwendiger Teilnahme und den sogen. Ausnahmeverbrechen vorgenommen worden. Allerdings wird dabei in einigen Fällen innerhalb der sogen. notwendigen Teilnahme der eine oder der andere Fall der Ausnahmen aus der notwendigen Teilnahme abgezweigt.

Die bedeutsamste Darstellung für einen derartigen Einteilungsversuch bietet die von Freudenthal im Jahre 1901 erschienene Abhandlung über die notwendige Teilnahme, die wohl die eingehendste Darstellung dieses Problems überhaupt ist.

Freudenthal macht deutlich einen Unterschied zwischen den Delikten mit notwendiger Teilnahme und den Ausnahmeverbrechen. Von den ersteren werden dann wieder die einseitig zum Verbrechen entwickelten Fälle abgesondert. Bei diesen Delikten mit notwendiger Teilnahme wirft er die Frage nach der Teilnahme aber nur für den Fall auf, daß die Tätigkeit des notwendigen Teilnehmers über die ein für alle Male notwendige Mitwirkung hinausgeht; denn „man wird annehmen können, daß in den Fällen notwendiger Teilnahme die gegen eine der mehreren notwendigen Teilnahmehandlungen allein gerichtete Strafdrohung die Straflosigkeit der übrigen, zur Erfüllung des Tatbestandes notwendigen Handlungen und insoweit die Unanwendbarkeit der Teilnahmebestimmungen bedeutet. Es braucht dabei nicht erörtert zu werden, ob sich diese nach dem Willen des Gesetzes straflosen notwendigen Teilnahmehandlungen, wenn sie nicht straflos wären, als Mittäterschaft oder Beihilfe dargestellt hätten. Sie sind — dies ist das allein Erhebliche — jedenfalls straflos, unter welche Teilnahmeformen sie auch sonst inhaltlich passen würden[42])." In den übrigen Fällen sind die notwendigen Teilnehmer regelmäßig Mittäter, da für sämtliche Beteiligte Strafdrohungen gegeben sind[43]), müssen es jedoch nicht notwendig sein.

Der Unterschied der Ausnahmefälle gegenüber der notwendigen Teilnahme besteht nach Freudenthal[44]) nur darin, daß hier nicht alle zur Herstellung des tatbestandsmäßigen Zusammenwirkens notwendige Handlungen unter Strafe gestellt sind. Die Frage ist bei ihnen die: was bedeutet das Schweigen des Gesetzes bezüglich der übrigen? Können auf sie die allgemeinen Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches über die Teilnahme zur Anwendung kommen?

Diese sogen. Ausnahmen behandelt er dann in einem besonderen Abschnitt[45]). Jedoch übersieht er dabei keineswegs, daß es auch bei den Delikten mit notwendiger Teilnahme sogen. Ausnahmen gibt, nämlich einseitig zum Verbrechen ausgebildete Fälle der notwendigen Teilnahme, die er von den Ausnahmedelikten ohne notwendige Teilnahme scharf scheidet[46]).

[42]) S. 109.
[43]) u. a. S. 189.
[44]) S. 85.
[45]) Abschnitt II S. 84 ff.

Im Anschluß an die Begriffsbestimmung Freudenthals ergeben sich nach Frank[47]) gleichfalls ähnliche Ausnahmen von der Strafbarkeit:

a) in den Fällen, in denen bei einem Delikt mit notwendiger Teilnahme nur einzelne der notwendig beteiligten Personen für strafbar erklärt werden, wird damit indirekt die Straflosigkeit der übrigen notwendig Beteiligten ausgesprochen und zwar auch als Teilnehmer, also auch dann, wenn der notwendig Beteiligte mehr tut, als gerade zur notwendigen Teilnahme erforderlich ist.

b) Weiterhin erklärt aber nach Frank auch das Gesetz bei Delikten, zu deren Tatbestand die passive Beteiligung einer Person gehört und daher nicht zur notwendigen Teilnahme rechnen, nur die aktiv beteiligte für strafbar. Hier ist indirekt die Straflosigkeit der passiv beteiligten Person ausgesprochen. Dabei werden dann die Fälle der sogen. Schutzgesetze herausgehoben.

Gleichfalls eine scharfe Trennung der Ausnahmedelikte mit notwendiger Teilnahme von denen ohne notwendige Teilnahme findet sich bei Lobe. Ausnahmen ergeben sich in denjenigen Fällen der notwendigen Teilnahme, in denen sich die Gebote und Verbote nur gegen die Tätigkeit der einen Seite richten, die zur Erfüllung des Tatbestandes ein für allemal notwendige korrespondierende Tätigkeit der anderen Seite aber nicht mitumfaßt ist. Soweit das korrespondierende Mitwirken in obigem Sinne notwendig ist, fällt es dann nicht unter die allgemeinen Vorschriften des Strafgesetzbuches[48]).

Der zweite Fall mit notwendiger Teilnahme ist nach Lobe im Schrifttum für die eben erwähnten Straftaten erörtert worden, wenn die Teilnahme der einen — straflosen — Seite der Begegnungshandlung über das Maß der unbedingt notwendigen Teilnahme, wie sie in der korrespondierenden Tätigkeit liegt, hinausgeht. Allerdings kommt er hierbei zu einem Ergebnis, das dem v. Kries'schen entgegensteht.

Weiterhin ist bei Lobe[49]) die Teilnahme dann straflos, wenn das Verbot in besonderen Fällen darauf verzichtet, von gewissen Personen Gehorsam zu verlangen, sich also von vornherein nicht an sie richtet, wenn es nach den besonderen Umständen seine Befolgung nicht erwarten kann. Hierher sind insbesondere die Selbstbefreiung des Gefangenen und die Selbstbegünstigung zu rechnen. In diesen Fällen wird allgemein die Erfüllung der durch die Gebote und Verbote dem Rechtsgenossen auferlegte Pflicht, ihnen gemäß sich zu verhalten, von vornherein beschränkt auf solches Verhalten, das ihm billigerweise zugemutet werden kann.

Endlich können andere besondere Erwägungen dazu führen, die Teilnahme an einer strafbaren Handlung zuweilen nicht unter die Strafvorschriften des Strafgesetzbuches fallen zu lassen und insoweit eine Beschränkung des Verbots anzunehmen. Es gibt Handlungen, die vom Gesetz verboten werden, um unter allen Umständen ein bestimmtes Rechtsgut des Trägers zu schützen, auch gegen seinen eigenen, inso-

[46]) Über die Fälle nicht notwendiger Teilnahme vgl. Freudenthal S. 117 ff.

[47]) Frank Vorbem. V zum 3. Abschnitt S. 197/198. Hier werden allein die Ausnahmen im Falle der sogen. Schutzgesetze von den Fällen der notwendigen Teilnahme geschieden.

[48]) Lobe in LK S. 53/54 zu c).

[49]) S. 55/56.

weit als maßgebend erachteten Willen. In dieser Gruppe werden also die sogen. Schutzgesetze erfaßt [50]).

Als die neuerdings bedeutsamste Untersuchung über die Trennung der Ausnahmen innerhalb der notwendigen Teilnahme [51]) von den Ausnahmen außerhalb der notwendigen Teilnahme [52]) sei noch kurz Blesse erwähnt. Trotzdem die letztgenannten Fälle nicht zum Problem der notwendigen Teilnahme gehören, — denn diese bezeichnet eine Eigentümlichkeit solcher strafrechtlichen Tatbestände, bei denen zur Vornahme der Verbrechenshandlung das Mitwirken mehrerer Personen erforderlich ist [53]) — besteht doch für Blesse ein innerer Zusammenhang zwischen ihnen und den gleichartigen Erscheinungen im Gebiet der notwendigen Teilnahme [54]). Unter die Ausnahmefälle innerhalb der notwendigen Teilnahme zählt Blesse u. a. die Bestechung, die Stimmendelikte, die Gläubigerbegünstigung im Konkurs und die sogen. Ausbeutungsdelikte, während z. B. die Sittlichkeitsdelikte, die Kuppelei, Gefangenenbefreiung und Begünstigung außerhalb der notwendigen Teilnahme liegende Ausnahmen darstellen [55]); denn bei diesen Verbrechen ist keineswegs das aktive Mitwirken mehrerer Personen unbedingt notwendig, vielmehr kann bei ihnen auch eine Person lediglich passiv beteiligt sein.

Schon aus diesem — immerhin nur kurzen — Überblick zeigt sich, daß oftmals im Schrifttum ein gewisser Zusammenhang zwischen der notwendigen Teilnahme und den Ausnahmen gespürt wurde. Eindeutig ist die Beziehung jedoch, die zwischen diesen Delikten im einzelnen tatsächlich besteht, bisher noch nicht geklärt worden. Allerdings hat man gewisse Schlüsse aus dem Verhältnis der Ausnahmen zum Begriff der notwendigen Teilnahme — wie im einzelnen noch nachzuweisen sein wird — gezogen. Die Ergebnisse reichen aber nicht aus, um die Lösung völlig befriedigend erscheinen zu lassen.

2) Der Begriff der notwendigen Teilnahme.

a) In der Wissenschaft.

Auch wenn man den Begriff der notwendigen Teilnahme als solchen ablehnt, empfiehlt es sich, erst einmal für die Einteilung eine systematische Prüfung der in Betracht kommenden Verbrechen vorzunehmen und ihre Beziehung zur notwendigen Teilnahme zu untersuchen. Jedoch soll auch hier lediglich ein kurzer Überblick über die Begriffsentwicklung gegeben werden. Auf Einzelheiten kann dabei nicht eingegangen werden, da dies den Rahmen der Arbeit sprengen würde. Überdies erübrigt sich auch eine eingehende Behandlung der notwen-

---

[50]) S. 54.

[51]) Blesse S. 11 ff.

[52]) Blesse S. 42 ff.

[53]) Blesse S. 7.

[54]) Blesse S. 42. Ähnlich schon Freudenthal S. 50: „Vor allem steht aber zwischen ihr (der Frage nach dem Zusammentreffen mehrerer Beteiligungsformen) und der in der Lehre von der notwendigen Teilnahme unbedingt zu erörternden Frage nach den „Ausnahmen der Teilnahmelehre" ein — und das ist der hier entscheidende Grund — unlöslicher Zusammenhang und tiefgreifender Parallelismus".

[55]) Weitere Einzelheiten sind hier ohne Belang.

digen Teilnahme, da sie gegenüber der Teilnahme im weiteren Sinne keine Besonderheiten aufweist.

Der Begriff der notwendigen Teilnahme selbst taucht im strafrechtlichen Schrifttum erst spät auf[56]). Als erster, der die Frage aufwarf, in welchen Fällen die Grundsätze der Teilnahme auf die sogen. notwendige Teilnahme anwendbar seien, ist zweifellos Stübel anzusehen — wenn sich auch bei ihm die technische Bezeichnung concursus necessarius noch nicht findet. Danach wird nämlich der Satz, daß jemand von den Teilnehmern als Miturheber zu bestrafen sei, in Ansehen derjenigen Fälle, deren Vollziehung schon ihrer Natur nach die Konkurrenz mehrerer Personen erfordert, wie z. B. der fleischlichen Vergehungen und des Duells, garnicht in Zweifel gezogen[57]). Die „Teilnehmer" sind also als Miturheber oder als Mittäter zu bestrafen[58]).

Die Bezeichnung „notwendig" dürfte erstmalig von Martin in das Schrifttum eingeführt worden sein[59]), obgleich auch er die technische Bezeichnung „notwendige Teilnahme" noch nicht kennt. Nach Martin können einige Verbrechen „zwar ihrem Begriff nach von einem einzigen Täter niemals vollendet werden; selbst bei solchen aber findet sich oft eine größere Zahl von Mitverbrechern als dazu notwendig wären". Auch bei ihnen scheint, wie der Ausdruck „Mitverbrecher" zeigt, Mittäterschaft zur Strafbarkeit erforderlich.

Über Henke, Häberlin, Marezoll, Hufnagel, Bauer, Berner, Langenbeck, Temme u. a.[60]), die den Begriff mit verschiedenen Abweichungen benutzt haben, ist die Lehre von der notwendigen Teilnahme dann bis auf Schütze nur unwesentlich gefördert worden. Erst bei ihm[61]) hat dieser strafrechtliche Begriff eine eingehende Würdigung erfahren, insbesondere hat Schütze erstmalig eine Abgrenzung der fraglichen Delikte mit Sorgfalt vorgenommen. Das Wesen der notwendigen Teilnahme sieht er in der begrifflich oder gesetzlich erforderlichen mit- und zusammenwirkenden Mehrheit von Personen, ohne die sich diese Verbrechen nicht denken lassen[62]). Ausdrücklich betont er aber einmal, daß zum Begriff der notwendigen Teilnahme nur eine „tätige Beteiligung" einer gewissen Personenmehrheit erforderlich ist, „abgesehen von der Frage, ob diese aktuelle Mitwirkung für den Einzelnen notwendigerweise Zurechnung zur Schuld und Strafe begründet"[63]). Dagegen ist bei Schütze an verschiedenen Stellen[64]) bei der notwendigen Teilnahme „begriffsmäßige oder echte Verbrechermehrheit" erforderlich. Demnach würde hier das Vorhandensein mehrerer Verbrecher, also mehrerer schuldhaft Beteiligter als be-

---

[56]) Vgl. im Einzelnen zur Geschichte des Begriffes: Jacobsohn S. 10 ff.; Freudenthal S. 5 ff.; Schütze (bis 1869) S. 28 ff.; insbes. Bergen S. 6 ff.; kürzer Brunner S. 8/9.

[57]) Tatbestand S. 33 ff.

[58]) Teilnahme S. 14.

[59]) S. 172 Anm. 4; S. 157.

[60]) Vgl. dazu Bergen S. 8 ff. und Freudenthal S. 5 ff.

[61]) Vgl. dazu Schütze insbes. S. 74 ff., S. 191 ff.

[62]) S. 28.

[63]) S. 320/321.

[64]) S. VII: Überschrift des 3. Abschnittes: „Die begriffsmäßige Verbrechermehrheit insbesondere" und die Überschrift der 1. Abteilung: „Die echte begriffsmäßige Verbrechermehrheit", vgl. S. 316, 320, insbes. 369.

grifflich notwendig anzusehen sein. Gegen diese Annahme verwahrt sich Schütze jedoch wiederum an einer anderen Stelle ausdrücklich. „Begriffsmäßig ist nur erforderlich die tätige Beteiligung einer gewissen Mehrheit an demjenigen Tatakte, an welchen der Verbrechensbegriff geknüpft ist. Damit steht aber keineswegs fest, daß jedes der in seiner Mehrheit enthaltenen Subjekte auch wirklich schuldhaft im Sinne des Strafgesetzes beteiligt ist, als Mitverbrecher erscheint. Mit einem Worte: Wesentliche Voraussetzung des concursus necessarius ist eine gewisse Mehrheit (zwei oder mehr) zum Tatakte zusammenwirkender Subjekte, nicht eine Mehrheit von Verbrechern, d. h. von solchen, welche alle auch schuldhaft beteiligt und strafbar erscheinen“ [65]). Er benützt übrigens, wie noch zu zeigen sein wird, als Erster für diese Verbrechensgruppe den Ausdruck „Mehrheitsverbrechen“.

Als eigentlicher Begründer der Lehre von der notwendigen Teilnahme ist aber erst Freudenthal anzusehen. Seine Begriffsbestimmung ist in das neuere Schrifttum übergegangen und fast einhellig übernommen worden.

In Anlehnung an die gesetzliche Bestimmung des § 35 der MStGO vom 1. Dez. 1898 hat der Begriff der notwendigen Teilnahme bei ihm die Fassung gefunden: „Delikte mit notwendiger Teilnahme sind die, welche nach ihrem gesetzlichen Tatbestande das Zusammenwirken mehrerer bei Vornahme der unter Strafe gestellten Handlung voraussetzen“ [66]). Freudenthals Begriffsbestimmung ist also enger als die üblichen, nämlich insofern als nicht jedes nach dem Gesetz notwendige — begriffsmäßige — Zusammenwirken den Begriff erfüllt, sondern nur dasjenige, welches bei Begehung der Straftat stattfinden muß.

Die beiden Gruppen derartiger Delikte bilden die Begegnungs- und die Konvergenzdelikte. Bei den ersteren werden mehrere Personen gegeneinander tätig. Die Handlungen der „Teilnehmer“ begegnen sich, z. B. bei einem Kampfe (Zweikampf) oder einem Vertrage (Doppelehe). In der Regel sind die notwendigen Teilnehmer der Begegnungsdelikte Mittäter, falls deren Voraussetzungen und nicht sonstige Straf-, Schuld- usw. ausschließungsgründe vorliegen; anderenfalls wird allein der rechtswidrig und schuldhaft Handelnde bestraft.

Bei den Konvergenzdelikten wirken die Teilnehmer in einer Richtung miteinander; „ihre Handlungen richten sich nach außen, nicht gegen einander, so daß sie nach dem von ihnen zusammen verursachten Erfolg konvergieren“. Auch hier sind die Beteiligten nur in der Regel Mittäter. Bei diesen Verbrechen bildet das Zusammenwirken aber entweder ein Begriffsmerkmal des Delikts (z. B. Aufruhr, Meuterei) oder einen Strafschärfungsgrund (z. B. §§ 123 Abs. 3, 223 StGB). Als Wesensmerkmal ist beim Zusammenwirken mehrerer also grundsätzlich nur die aktive Beteiligung mehrerer Personen bei Vornahme der unter Strafe gestellten Handlung erforderlich, nicht jedoch eine schuldhafte Mitwirkung. Mittäterschaft ist nicht notwendig, aber möglich und wird in der Regel vorliegen [67]).

Der Begriff der notwendigen Teilnahme war bis auf Freudenthal in den strafrechtlichen Systemen mehr und mehr in den Hinter-

[65]) S. 320 f. und Lehrbuch S. 144. Allerdings bezeichnet er noch auf S. 143 den concursus necessarius als notwendige oder begriffsmäßige Verbrechermehrheit. Vgl. über den „tiefgehenden Zwiespalt des Schütze'schen Werkes“ Freudenthal S. 14 und Bergen S. 13 ff.

[66]) Freudenthal S. 100.

[67]) Freudenthal S. 189; eingehende Kritik u. a. bei Bergen S. 20 ff.

grund getreten; erst er hat versucht, die Brauchbarkeit dieses Begriffes klarzulegen[68]). Grundlegende neue Ergebnisse für die Lehre von der notwendigen Teilnahme sind seit der Freudenthal'schen Untersuchung jedoch nicht erbracht worden. Die ganz überwiegende Meinung des strafrechtlichen Schrifttums sieht auch heute noch das Wesen der notwendigen Teilnahme in einem notwendig tätigen Mitwirken von Personen, das gerade bei Vornahme der mit Strafe bedrohten Handlung erfolgen muß[69]). Über die Zurechnung der Einzelverbrechen zum Begriff der notwendigen Teilnahme gehen aber auch heute noch die Ansichten weit auseinander[70]).

b) Der Begriff der notwendigen Teilnahme in der Rechtsprechung.

Das Reichsgericht hat in verschiedenen Entscheidungen den Begriff der notwendigen Teilnahme gleichfalls in der von der herrschenden Meinung vertretenen Form übernommen. Dabei wird sie als notwendig — tätiges — Mitwirken mehrerer Personen aufgefaßt[71]). Obwohl aber bei Ehebruch, Blutschande und den Verbrechen gegen die §§ 174, 176 Ziffer 3 StGB nicht unbedingt notwendig ein (aktives) Zusammenwirken mehrerer Personen erforderlich ist, werden diese Fälle mitunter gleichfalls zur notwendigen Teilnahme gerechnet[72]). Erst neuerdings noch hat das Reichsgericht den Begriff — ohne nähere Bestimmung — als bekannt vorausgesetzt[73]).

Schon frühzeitig hat aber die oberste deutsche Rechtsprechung die Teilnahme im Sinne der §§ 47 ff. StGB in Gegensatz zur notwendigen Teilnahme gestellt[74]): zwar sollen die Teilnahmebestimmungen des allgemeinen Teils auf die besonderen Gesetze angewendet werden, jedoch liege — in dem damals zu beurteilenden Falle — eine Teilnahme im Sinne der §§ 47 ff. StGB überhaupt nicht vor, sondern nur eine sogen. notwendige Teilnahme. Für den Fall des Wahlstimmhandels kann nach Ansicht des Reichsgerichts „von dem Verkaufenden nicht im strengen Sinne behauptet werden, daß er Mittäter, Anstifter oder Gehilfe zu dem seinem Verkaufe korrespondierenden Kaufe sei"[75]). Eine Teilnahme im Sinne des Gesetzes soll demnach die notwendige Teilnahme nicht unbedingt erfordern; Mittäterschaft ist also nicht unbedingt notwendig.

Gleichzeitig macht die reichsgerichtliche Rechtsprechung schon deutlich den Unterschied zwischen Verbrechen, bei denen alle notwendig Beteiligten mit Strafe bedroht sind, und denen, bei welchen nur eine Person strafbar ist. Bei den erstgenannten wird allerdings ihre Zugehörigkeit zu den Verbrechen mit notwendiger Teilnahme nur ver-

---

[68]) M. E. Mayer in LitBl S. 93.

[69]) Bergen S. 25/26, insbes. die dort Anm. 95 aufgeführten Vertreter.

[70]) Vgl. vornehmlich den Streit um die Einbeziehung der Sittlichkeitsdelikte. Hierzu u. a. Blesse S. 9 ff.; Brunner S. 11; Bergen S. 21 ff.; Lobe in LK Einl. § 32 S. 169.

[71]) Vgl. RGE 4/253; 5/437; 8/298; 12/122; 25/368; 29/305; 34/274; 52/3; 61/32; 61/315.

[72]) RGR 10/714.

[73]) So RGE 65/417.

[74]) II StS vom 27. 4. 1883: RGE 8/294.

[75]) III StS vom 9. 1. 1883: RGE 17/101.

einzelt zum Ausdruck gebracht[76]). Bei der anderen Gruppe werden besonders für die sogen. Ausnahmen gerade aus dem Begriff der notwendigen Teilnahme wichtige Schlüsse gezogen[77]).

3) Die Ablehnung der sogen. notwendigen Teilnahme.

Trotzdem dieser so verschiedenartig gefaßte Begriff der notwendigen Teilnahme im Schrifttum und in der Rechtsprechung sich so durchgesetzt hat, daß er aus dem strafrechtlichen Schrifttum nicht mehr auszurotten scheint, ist die Annahme einer „notwendigen Teilnahme" in einem — zwar nur kleinen — Teil der Strafrechtswissenschaft auf Ablehnung gestoßen.

Eindeutig hat wohl zuerst Geyer gegen die widerspruchsvolle Behandlung dieser Verbrechen Stellung genommen. So bezeichnet er[78]) die sogen. notwendige Teilnahme als einen unrichtig gewählten Sammelnamen für eine Anzahl verschiedener Verbrechenstatbestände, die nur das gemeinsam haben, daß irgend eine (nicht immer dolose) Beteiligung zweier oder mehrerer Personen Begriffsmerkmal der betreffenden Verbrechen ist. Demnach ist überhaupt der Ausdruck „notwendige Teilnahme" verfehlt. Denn es liegt nach Geyers Auffassung nicht immer Teilnahme im engeren Sinne vor, da es sich bei den fraglichen Verbrechern garnicht unbedingt um eine verbrecherische Teilnahme handelt[79]). In diesen Fällen sollen vielmehr die allgemeinen Bestimmungen über Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe gelten. „Die Lehre von diesem sogen. concursus necessarius gehört offenbar garnicht unter die allgemeinen Lehren des Strafrechts, da derselbe nur bei einigen Delikten vorkommt und daher bei der Zergliederung des Tatbestandes eben dieser zu erörtern ist"[80]).

Die eingehendste Kritik hat der Begriff der notwendigen Teilnahme durch Max Ernst Mayer erfahren[81]), der ihn zwar anfänglich abgelehnt, später in seinem Lehrbuch (1915)[82]) jedoch an dem Begriff „festgehalten" hat, trotzdem er ihn auch dann noch für „anfechtbar" hält. Mit dem Satz Freudenthals[83]), daß „das Vorhandensein einer notwendigen Teilnahme hingegen nichts über die strafrechtliche Stellung der beteiligten Personen zueinander aussagt, vor allem nichts über ein etwa zwischen ihnen bestehendes wahres Teilnahmeverhältnis", sei die notwendige Teilnahme gerichtet. Auch seien zwei so ähnliche Begriffe, wie die zur Einteilung der einzelnen Verbrechen verwandten des „Sichbegegnens" und des „Konvergierens" sind, „nicht gerade für besonders tauglich zu halten, zwei Deliktsgruppen von einander zu scheiden".

Überhaupt geleugnet wird die Berechtigung eines besonderen Begriffes der notwendigen Teilnahme bei Beling. „Die Notwendigkeit

---

[76]) Vgl. RGR 3/151; RGR 10/714.

[77]) Vgl. auch Birkmeyer VDA Bd. 2 S. 73/74; Romeiss S. 382 f.; doch dies wird im einzelnen noch zu untersuchen sein.

[78]) Grundriß S. 137, ähnlich: Erörterungen S. 90: „Diese Ausdrücke (notwendige und zufällige Teilnahme) sind nicht sehr glücklich gewählt".

[79]) Geyer HH S. 324.

[80]) Geyer Erörterungen S. 91, vgl. auch Geyer HH S. 324.

[81]) Literaturblatt S. 93 ff.

[82]) Strafrecht S. 386.

[83]) S. 193.

einer Personenmehrheit könnte natürlich nur dann als Notwendigkeit der Teilnahme gedeutet werden, wenn die Handlungen der mehreren auch den Verbrechenscharakter derart bedingten, daß nur entweder beide Täter oder keiner Verbrechen begangen hätten, mit anderen Worten, wenn sämtliche Verbrechenselemente hüben und drüben so verkettet wären, daß sie gegenseitig den Verbrechenscharakter bedingten" [84]). Dieser Fall liege aber jedenfalls im positiven deutschen Recht nirgends vor. Demnach gebe es keine wahre notwendige Teilnahme.

Auch Wachenfeld [85]) lehnt die sogen. notwendige Teilnahme als Form der Teilnahme im Sinne des Gesetzes ab. Die Aufstellung eines besonderen Begriffes sei wertlos; denn für sie sei schuldhaftes Mitwirken erforderlich, für die notwendige Teilnahme genüge aber das tatsächliche Zusammenwirken mehrerer. Ob der Begriff der notwendigen Teilnahme damit überhaupt keine Bedeutung haben soll, ist darin nicht klar zum Ausdruck gebracht.

Weiterhin ist auch für v. Liszt [86]) die Aufstellung eines besonderen Begriffes der notwendigen Teilnahme „wenig förderlich"; denn tatsächlich sei in den einzelnen Fällen Mittäterschaft im technischen Sinne erforderlich. Aus dem gleichen Grunde verzichtet Binding [87]) auf eine eingehende Auseinandersetzung mit diesem Begriff. Anscheinend lehnt auch er die Aufstellung eines besonderen Begriffes der notwendigen Teilnahme als überflüssig und irreleitend ab. Zum Mindesten beschränkt er ihn auf die sogen. Mittäterschaftsdelikte.

Endlich ist auch neuestens für v. Hippel [88]) der Begriff entbehrlich. Die eingehende systematische Behandlung der Verbrechen mit sogen. notwendiger Teilnahme habe — nach seiner Auffassung — den darauf verwendeten Scharfsinn nicht gelohnt. Denn auch diese Delikte seien, soweit sich nicht im Einzelnen Abweichungen aus den betreffenden Vorschriften selbst ergeben, nach den allgemeinen Grundsätzen über Täterschaft und Teilnahme zu behandeln.

Daß auch Schütze [89]) den Ausdruck „notwendige Teilnahme" als verwirrend abgelehnt hat, sei nur nebenbei erwähnt. Er faßt jedoch diese Verbrechen unter die von ihm bezeichneten „Mehrheitsverbrechen" zusammen und ändert damit sachlich garnichts.

Während nun bei den Vertretern der sogen. notwendigen Teilnahme die Anwendbarkeit der Teilnahmevorschriften auf diese äußerst umstritten ist, wird bei den ablehnenden Stimmen die Notwendigkeit des Begriffes gerade deshalb geleugnet, weil die (echte) Teilnahme notwendig schuldhaftes und rechtswidriges Mitwirken mehrerer erfordert, die notwendige Teilnahme dagegen nur ein begrifflich notwendiges tatsächliches Mitwirken. Inwieweit ein selbständiger Begriff der sogen. notwendigen Teilnahme danach überhaupt anzuerkennen ist, ist sehr zweifelhaft.

---

[84]) LvV S. 401 f., aber Grundzüge S. 62.
[85]) Lehrbuch S. 194 unter Hinweis auf Beling.
[86]) Lehrbuch S. 325.
[87]) Lehrbuch 2/2 S. 812, auch Grundriß S. 146.
[88]) Lehrbuch S. 165; Strafrecht II S. 468 unter Hinweis auf Beling LvV S. 401.
[89]) S. 322.

Kap. 3:

Die Mehrheitsverbrechen.

1) Die Problemstellung der notwendigen Teilnahme.

Daß schon in den ersten Untersuchungen, die von der Wissenschaft über die notwendige Teilnahme angestellt worden sind, das eigentliche Problem angedeutet wurde, hat sich aus dem kurzen Überblick über die einzelnen in der Wissenschaft vertretenen Meinungen und über die reichsgerichtliche Rechtsprechung gezeigt. Die Frage war dabei, ob die notwendige Teilnahme ein Problem der Teilnahme ist, und ob die strafrechtlichen Teilnahmegrundsätze daher auf sie anwendbar sind oder nicht. Die Beantwortung mußte jedoch je nach der Auffassung von dem Begriff des concursus necessarius bejahend oder verneinend ausfallen. Heute sieht der überwiegende Teil des Schrifttums einen im Wesen liegenden tiefgreifenden Unterschied zwischen der notwendigen Teilnahme und der Teilnahme im Sinne der §§ 47 ff. StGB und erblickt in ersterer nicht eine Form der strafrechtlichen Teilnahme, sondern hält sie für ein Gebilde, das sich nur aus den verschiedenartigen einzelnen Tatbeständen, insbesondere aus deren Individualität begreifen läßt[90]). Jedoch wird damit die Anwendbarkeit der Teilnahmegrundsätze nicht immer für unmöglich gehalten. Bemerkenswert ist aber, daß hier immer schon ein Begriff der notwendigen Teilnahme vorausgesetzt und wissenschaftlich begründet ist. Erst aus diesem Begriff wird dann die Frage nach der Anwendbarkeit der allgemeinen Teilnahmegrundsätze aufgeworfen[91]).

Demgegenüber geht nun Bergen[92]) bei der Begriffsbestimmung den umgekehrten Weg. Er stellt nämlich ab auf die Frage, wann die Anwendbarkeit der Teilnahmevorschriften auf die Verbrechen, bei denen tatbestandsmäßig eine Personenmehrheit notwendig ist, im Falle ihrer tätigen oder untätigen Mitwirkung zweifelhaft ist. Bei dieser Art der Untersuchung heben sich dann bestimmte Verbrechensgruppen aus dem allgemeinen Verbrechensbegriff heraus.

Unter die Verbrechen mit notwendiger Teilnahme rechnet Bergen[93]) die Delikte, „deren Tatbestand eine Mehrheit von Personen erfordert, welche sämtlich so an der Deliktsbegehung mitwirken müssen oder mitwirken können, daß auf sie zweifellos die §§ 47—49 StGB anwendbar wären, wenn nicht der besondere Umstand ihrer notwendigen Beteiligung — und zwar ausschließlich dieser — die Anwendbarkeit der Teilnahmevorschriften in Frage stellte".

Das eigentliche Problem der notwendigen Teilnahme liegt danach in der Frage nach den Delikten, bei denen die Anwendbarkeit der Teilnahmegrundsätze zweifelhaft ist, oder genauer genommen: in der Frage nach der Strafbarkeit der Teilnahme eines als Täter Straflosen. Dies ist aber, wie zu zeigen sein wird, entgegen der Ansicht Bergens die Kernfrage allein der sogenannten Ausnahmedelikte.

2) Die sogenannten Mehrheitsverbrechen.

Bei der Lösung dieses Problems ist nun zweckmäßig auszugehen

[90]) So insbesondere Beling LvV S. 402; vgl. auch Blesse S. 4.

[91]) Vgl. über Einzelheiten: Freudenthal S. 7 ff.; Brunner S. 12 ff.; S. 18; Bergen S. 6 ff.; Blesse S. 4 ff.

[92]) Bergen S. 3, S. 32.

[93]) Bergen S. 38.

von dem ganz allgemeinen Verhältnis der Mehrheitsverbrechen zu den Delikten mit Alleintäterschaft. In den Verbrechenstatbeständen des geltenden Rechts ist von dem Regelfall ausgegangen, daß ein Handlungsfähiger das ganze Verbrechen nach Willens- und Tatseite hervorgebracht hat. Das Gesetz bezeichnet ihn als Täter und, da er das Verbrechen allein gesetzt hat, nennt man ihn den Alleintäter oder den Täter schlechthin [94]). Grundsätzlich ist er allein tatbestandsmäßig zur Hervorbringung des Verbrechens notwendig.

Bei einem Zusammenwirken mehrerer Personen zu einer derartigen Straftat (z. B. dem Münzverbrechen des § 146, der Urkundenfälschung des § 267, der Brandstiftung des § 306 StGB), bei der hinsichtlich einer Bestrafung lediglich betreffs eines an der Tat beteiligten und zu der Tatbestandsverwirklichung allein notwendigen Täters gesetzliche Regelung getroffen ist, finden bei dem Hinzutreten weiterer — tatbestandsfremder — Personen die im allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches enthaltenen Vorschriften über die Beteiligung mehrerer Personen Anwendung, wie sie in den §§ 47 bis 49 StGB gesetzlich niedergelegt sind. Es bedarf keiner Erörterung, daß es kein Verbrechen gibt, wobei nicht neben dem Täter ein Anstifter oder auch ein Gehilfe stehen könnte, es wäre denn eine ganze Beihilfe zum Tatbestand eines selbständigen Verbrechens erhoben [95]).

Treten also zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes zu dem Täter noch andere Personen hinzu, deren Beteiligung im Tatbestand selbst nicht vorgesehen ist, die also tatbestandsfremd sind, dann taucht die Frage auf, ob auf diese Personen die gesetzlichen Vorschriften über die Teilnahme — über Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe — Anwendung finden können oder nicht [96]). Allerdings ist es auch möglich, daß der Täter selbst außer als Täter noch in einer weiteren Form, der Teilnahme, am Verbrechen tätig wird. Diese Frage ist aber hier ohne Belang, da sie eigentlich ein Problem der Konkurrenz darstellt. Diese Form einer weiteren strafbaren Beteiligung des Täters am Verbrechen kann daher außer Betracht bleiben. Erwähnt sei lediglich, daß die überwiegende Meinung [97]) den Täter nicht noch wegen einer zum Verbrechen geleisteten Anstiftung oder Beihilfe bestraft wissen will, da die schwerere Teilnahmeform (die Täterschaft) die leichtere (die Anstiftung oder Beihilfe) konsumiert. Es sind also zwei Strafgesetze einander subsidiär [98]): die Strafgesetze für Anstiftung und Beihilfe sind subsidiär dem Strafgesetz, welches für den Täter des vollendeten Verbrechens in Betracht kommt. Dieses Strafgesetz nimmt bei einem gleichzeitigen Vergehen gegen die ersteren diese in sich auf. Oder aber es wird — was praktisch zum gleichen Ergebnis führt — der Satz aufgestellt, daß bei mehrfacher Beteiligung einer Person an dem-

---

[94]) Binding, Grundriß S. 146.

[95]) Vgl. Binding, Grundriß S. 151/152.

[96]) Allerdings gibt es bei ihnen solche, die begrifflich nur eigenhändig und von einer Person begangen werden können, wie z. B. Eidesleistung. Hier ist Mittäterschaft ausgeschlossen. Vgl. Lobe in LK S. 125, S. 157 zu cc); Mezger S. 417; Binding, Grundriß S. 146 und die eingehende Untersuchung Engelsings.

[97]) Vgl. hierzu Hippel, Lehrb. S. 112; Freudenthal S. 49 ff.; Köhler S. 485.

[98]) Eingehend Binding, Handbuch S. 355 ff., insbes. S. 360/361.

selben Delikt stets nur diejenige Teilnahmeform in Betracht kommt, welche die schwerste Strafbarkeit ergibt [99]).

Mitunter erfordert aber auch der Verbrechenstatbestand selbst, daß zu der Verbrechensverwirklichung neben dem Täter noch eine oder mehrere Personen erforderlich sind. Bei der Begehung dieser strafbaren Handlungen sind die mehreren Personen tätig oder untätig tatbestandsmäßig notwendig beteiligt. Es treten in diesen Fällen zur Verwirklichung des besonderen Verbrechenstatbestandes nicht neue, tatbestandsfremde, Personen hinzu, jedoch kann bei diesen Delikten auch eine Beteiligung tatbestandsfremder Personen in Form einer Anstiftung oder Beihilfe hinzutreten, die aber keine Besonderheit bietet.

Man kann diese Mehrheitsverbrechen genannte Delikte — Bergen [100]) nennt sie „Delikte mit notwendiger Personenmehrheit" — dahin bestimmen, daß bei ihrer Begehung tatbestandsmäßig mehrere Personen tätig oder untätig notwendig beteiligt sind. Bezüglich einer Strafbarkeit der Beteiligten ist aber damit nichts gesagt.

Der Ausdruck „Mehrheitsverbrechen" selbst stammt von Schütze [101]). Jedoch soll er hier nicht, wie bei diesem mitunter, dahin gedeutet werden, daß unter diese Verbrechen diejenigen mit strafbarer, schuldhafter Mitwirkung zu rechnen sind. Auch soll mit diesem Ausdruck nicht — wie bei Bergen — eine „beschränkte Anzahl von besonders gearteten Straftaten aus der großen Gruppe der Delikte mit notwendiger Personenmehrheit" bezeichnet werden [102]). Vielmehr soll mit ihm „die große Gruppe der Delikte mit notwendiger Personenmehrheit" gleichgesetzt und gekennzeichnet werden. Damit wird gleichzeitig der Name „notwendige Teilnahme" für diese Delikte abgelehnt; denn bei der notwendigen Teilnahme kann grundsätzlich von einer Teilnahme im technischen Sinne nicht gesprochen werden. Ein Teil von ihnen bildet zwar die sogen. Mittäterschaftsdelikte, d. h. die Verbrechen, die nur in Mittäterschaft begangen werden können, während der größere Teil regelmäßig in Mittäterschaft begangen wird, jedoch bei ihnen diese Form der Teilnahme im weiteren Sinne nicht unbedingt erforderlich ist [103]). Selbst wenn man bei der Benennung dieser Verbrechen den Begriff der Teilnahme — unter Einschluß der Mittäterschaft — verwenden würde, ist eine Zusammenfassung unter der „notwendigen Teilnahme" nicht nötig; denn sie bieten ja keine Besonderheiten. Bei ihnen ist die Frage doch immer nur die ganz allgemeine nach der Möglichkeit einer Teilnahme. Eindeutig aber dürfte sein, daß die notwendige Teilnahme nicht den allgemeinen Lehren des Strafrechtsangehört, sondern nur durch Prüfung der einzelnen Verbrechenstypen zu gewinnen ist. Ob

[99]) So Frank § 73 Anm. VII, 2, b S. 231/2; Liszt § 50 zu IV S. 345 und § 54 Anm. 5 S. 358; Lobe in LK S. 68 zu B und die dort angeführten Entscheidungen des RG, auch S. 165 zu e) und § 48 Anm. 1 S. 341, § 49 Anm. 1 350; vgl. auch das Reichsgericht in dauernder Rechtsprechung, von den neuesten Entscheidungen: RG 64/150; 62/74; 59/426; 59/28; 56/59; 53/190; 48/207; 47/372.

[100]) Bergen S. 1.

[101]) Schütze S. 316.

[102]) Bergen S. 4/5 Anm. 13.

[103]) „Besser wäre auch deswegen die Erscheinung mit dem neutralen Ausdruck „notwendige Beteiligung" bezeichnet gewesen"; So Blesse S. 4. Über die Delikte, bei denen die Begehung in Mittäterschaft ein Strafbarkeitsmerkmal bildet, vgl. u. a. Bergen S. 66 ff.; Binding, Grundriß S. 176 zu 6 und 7, und Lobe in LK § 47 Anm. 12 S. 340.

jedoch gerade unter diesem Gesichtspunkt wiederum ein besonderer Begriff der „notwendigen Teilnahme" erforderlich ist, aus dem sich allgemeine Regeln herleiten lassen, ist eine andere Frage, die noch zu prüfen sein wird.

Da somit der Begriff der Mehrheitsverbrechen ganz weitgefaßt wird, ist auch nicht erforderlich, daß bei ihnen mehrere Personen tatbestandsmäßig notwendig „zusammenwirken". Eine Notwendigkeit der „Mitwirkung" mehrerer Personen ist den Mehrheitsverbrechen nicht eigenartig. Auch sind sie nicht Straftaten mit mehreren notwendig strafbaren Verbrechern. Es genügt, daß die Personenmehrheit „notwendig beteiligt" ist, wobei unter Beteiligung stets ein für den Verbrechenstatbestand notwendiges Mitwirken jeglicher Art, also sowohl eine tätige wie auch eine untätige Beteiligung verstanden werden soll. „Obwohl man oft mit „Beteiligung am Verbrechen" lediglich die Mitwirkung daran meint, läßt es sich nicht umgehen, in diesem Zusammenhang auch von einer passiven Beteiligung im Sinne eines bloßen Betroffenwerdens zu sprechen" [104]).

3) Die Einteilung der Mehrheitsverbrechen.

Diese sogen. Mehrheitsverbrechen umfassen nun die verschiedenartigsten Delikte. So sind hierher zu rechnen z. B. 1. die sogen. Rottenverbrechen, 2. der Betrug, die Nötigung und 3. z. B. die Gläubigerbegünstigung, um nur einige Beispiele zu nennen.

Eine nähere Untersuchung der einzelnen Verbrechenstatbestände ergibt, daß sich aus dieser derart weitgefaßten Kategorie, wie angedeutet, drei besonders geartete Hauptgruppen von Verbrechen unterscheiden lassen, die jedoch — trotz aller Wesensverschiedenheiten — unter sich teilweise wieder Ähnlichkeiten aufweisen und sich auch noch untergliedern lassen.

Gemeinsam ist allen zu dieser Kategorie gehörigen Verbrechen, daß der Tatbestand nur bei Vorhandensein mehrerer (tätig oder untätig) notwendig beteiligter Personen verwirklicht werden kann. Dabei sind aber die Verbrechen, deren Tatbestand sämtliche Beteiligte mit Strafe bedroht, von denen zu trennen, bei denen tatbestandsmäßig nur eine Person unter Strafe gestellt ist.

a) Bei den Mehrheitsverbrechen mit allseitiger (oder doppelseitiger) Strafdrohung sind gesetzlich beide notwendig Beteiligte mit Strafe bedroht (z. B. im § 125 StGB: „jeder, welcher an dieser Zusammenrottung teilnimmt"), während bei den anderen Delikten das Strafgesetz nur eine einseitige Strafdrohung enthält. Der Unterschied zwischen den beiden Formen des Mehrheitsverbrechens liegt demnach in der gesetzlichen Festlegung der Bestrafung der notwendig Beteiligten. Bei den Mehrheitsverbrechen mit allseitiger Strafdrohung kann darüber kein Zweifel bestehen, daß beide im Falle ihrer vorsätzlichen, nicht ausnahmsweise zu rechtfertigenden oder zu entschuldigenden Mitwirkung

[104]) So Bergen S. 32 Anm. 118; vgl. auch Frank S. 112. Unrichtig aber Bergen S. 93, der auch diejenigen Verbrechen in seinen engeren Begriff der Mehrheitsverbrechen einbezieht, deren strafbare Handlung darin besteht, daß sie sich auf eine andere Person bezieht, insbes. in Form einer Beteiligung an deren Verhalten, wie z. B. in den §§ 120, 180, 257 StGB. Bei diesen Delikten ist aber keine „notwendige Beteiligung" — weder aktive noch passive — gefordert.

als Täter bestraft werden. Ohne Zweifel ist daneben noch eine Bestrafung derselben Täter wegen einer weitergehenden Teilnahme an dem gleichen Delikt ausgeschlossen. Es ist dies auch hier wieder eine Frage der Konkurrenz, die von der herrschenden Meinung dahin beantwortet wird, daß, wer als Täter strafbar ist, nicht noch als Anstifter oder als Gehilfe strafbar sein kann[105]).

Lediglich die Frage, wie die notwendig Beteiligten zu bestrafen sind, ob sie als Mittäter zu betrachten sind, ob diese Verbrechen überhaupt oder nur in Mittäterschaft (d. h. in welcher Form) begangen werden können, ist streitig. — Daß beim Hinzutreten tatbestandsfremder Personen die allgemeinen Regeln über die Teilnahme zur Anwendung gelangen, kann nicht zweifelhaft sein.

b) Aus den Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung sind nun aber wieder die Verbrechen, bei denen zwar auch nur eine Person vom Gesetz als Täter gestraft wird, aber die Annahme einer Täterschaft und Teilnahme der übrigen notwendig Beteiligten von vorneherein aus dem inneren Wesen des Verbrechens unmöglich ist, von den Verbrechen abzusondern, bei denen die Beteiligungsverhältnisse der Personenmehrheit fraglich, also insbesondere die Bestrafung der tatbestandsmäßig notwendig beteiligten — aber als Täter straflosen — Personen neben dem allein strafbaren Täter unter dem Gesichtspunkt der Teilnahme zweifelhaft ist.

Es bedarf keiner weiteren Erörterung, daß hier ebenfalls eine Bestrafung wegen Teilnahme weiterer neu hinzutretender, tatbestandsfremder Personen möglich ist, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Teilnahme gegeben sind. Die Möglichkeit der Strafbarkeit des als Täter strafbaren Beteiligten wegen einer darüber hinaus geleisteten Teilnahme ist zweifelsfrei auch hier wieder ein Problem der Konkurrenz.

Für die Verbrechen der ersten Art kann demnach ein Teilnahmeproblem überhaupt nicht entstehen; die neben dem allein strafbaren Täter notwendig Beteiligten können sich einer Täterschaft, aber auch einer Teilnahme von vorneherein nicht schuldig machen. Sind zwar tatbestandsmäßig bei Begehung derartiger strafbarer Handlungen die mehreren Personen als tätig oder untätig beteiligte erforderlich, wird jedoch nur einer von ihnen für die Verwirklichung des Verbrechenstatbestandes bestraft, so kann eine Strafbarkeit des als Täter straflosen notwendig Beteiligten überhaupt nicht (auch nicht in der Form der Anstiftung oder Beihilfe) in Betracht kommen. Bei diesen Delikten können die grundsätzlich nicht unter Strafe gestellten Beteiligten als Täter oder als Teilnehmer nicht allein deshalb bestraft nicht werden, weil das Gesetz ihre Mitwirkung in Form der Täterschaft garnicht vorgesehen hätte; sondern diese Personen bleiben — auch als Teilnehmer — deshalb straflos, weil jegliche strafbare Mitwirkung bei Begehung des Delikts begrifflich ausgeschlossen ist. Ihre Bestrafung als Täter oder als Mittäter ist augenscheinlich schon deshalb unmöglich, weil es an einer sie betreffenden gesetzlichen Strafbestimmung mangelt, aber weiterhin auch der Bestrafung ihrer Beteiligung das innere Wesen des gesetzlichen Verbrechenstatbestandes entgegensteht. Aus dem Wesen der einzelnen besonderen Verbrechenstatbestände steht bei diesen Verbrechen außer Zweifel, daß neben dem gesetzlich allein strafbaren Täter die notwendig beteiligten Personen sich einer Täterschaft, Mittäterschaft oder einer Teilnahme nicht schuldig machen können.

[105]) Vgl. oben Anm. 99.

c) Bei den übrigen Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung kann zwar gleichfalls der notwendig Beteiligte, dessen Verhalten strafrechtlich nicht „vertypt" ist, unbestritten weder als Täter noch als Mittäter bestraft werden; denn seine Strafbarkeit ist im gesetzlichen Tatbestand nicht vorgesehen.

Zweifel an der Bestrafung dieser Personen tauchen aber auf, wenn sie sich derart betätigen, daß sich ihr Verhalten als Teilnahme im technischen Sinne darstellt. Hierbei erhebt sich also die Frage, ob der als Täter und als Mittäter straflose notwendig Beteiligte sich als Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe) zu der Tat der Gegenseite strafbar gemacht hat oder überhaupt machen kann. Dies ist im strafrechtlichen Schrifttum das eigentliche Problem der sogen. Ausnahmeverbrechen; daß sie diesen Kreis der sogen. Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung umfassen, wird im Einzelfall nachzuweisen sein.

4) Die Notwendigkeit der „notwendigen Teilnahme".

Damit dürfte aber auch die Verwendung des Begriffes der „notwendigen Teilnahme" überflüssig sein.

Wie festgestellt, sieht die weitaus überwiegende Meinung heute noch das Wesen der notwendigen Teilnahme — ohne Rücksicht auf eine Strafbarkeit oder Straflosigkeit der Beteiligten — in einem notwendig tätigen Mitwirken mehrerer Personen, wobei mitunter gerade das aktive Mitwirken bei Vornahme der Straftat gefordert wird. Ein Teil der Wissenschaft geht jedoch noch weiter, indem dort eine notwendig schuldhafte Beteiligung — also Mittäterschaft — mehrerer gefordert wird. Danach gibt es neben den Verbrechen, die „grundsätzlich das aus mehreren Mittätern zusammengesetzte Subjekt fordern: nicht etwa Ehebruch, Inzest, Zweikampf; denn von den zwei dabei notwendig mitwirkenden Personen braucht immer nur die Eine schuldig sein; wohl aber bei dem Aufruhr und der Meuterei, überhaupt den Rottenverbrechen" [106]). Die Delikte mit notwendiger Teilnahme sind nach dieser Ansicht besser auf diese Gruppe zu beschränken und als „Mittäterschaftsdelikte" zu bezeichnen. Es sind dies also die Mehrheitsverbrechen mit allseitiger Strafdrohung, bei denen die notwendig Beteiligten grundsätzlich als Mittäter gestraft werden. Derartige Verbrechen können überhaupt nur in Mittäterschaft begangen werden und müssen es auch.

Hierbei wird nun eine mitunter gemachte Unterscheidung der Verbrechen mit mehreren notwendig Beteiligten bedeutsam. Es gibt nämlich Mehrheitsdelikte, zu deren vollendeter Begehung eine Mitwirkung aller notwendig Beteiligten erfolgen muß, und solche, zu deren Begehung eine Mitwirkung [107]) aller notwendig Beteiligten lediglich erfolgen kann, die also unbestreitbar durch die Tätigkeit nur einer Person begangen werden können [108]). Verbrechen der ersten Art sind — nach B e r g e n — z. B. Zweikampf, Doppelehe, Aufruhr, gemeinschaftliche Körperverletzung, Wucher, Gefangenenbefreiung, Entführung der Einwilligenden, Stimmverkauf des Konkursgläubigers, während De-

[106]) Binding, Grundriß S. 146. Diese Verbrechen bezeichnet er ausdrücklich als die alleinigen mit notwendiger Teilnahme". Vgl. auch u. v. a. Finger S. 333 f.; Blesse S. 7; Brandes S. 55; Kuhlmey S. 29.

[107]) Die Strafbarkeit der Mitwirkung ist aber hier vorerst noch ohne Belang.

[108]) Vgl. Bergen S. 41.

likte mit einer nur möglichen tätigen Mitwirkung aller notwendig Beteiligten, bei denen aber die tätige Mitwirkung mehrerer Personen zumindest regelmäßig erfolgt, aber nicht erfolgen muß, darstellen z. B. Ehebruch, Inzest, Paederastie, Unzucht mit Pflegebefohlenen, Anbieten unzüchtiger oder das Schamgefühl gröblich verletzender Schriften, Abbildungen oder Darstellungen an eine Person unter 16 Jahren, Begünstigung und Kuppelei.

Daneben geht die Einteilung der Verbrechen in die mit allseitiger und die mit einseitiger Strafdrohung einher. Diese Gruppierung kann sich mit der ebengenannten überschneiden. So ist z. B. von den Verbrechen mit notwendiger aktiver Mitwirkung der Aufruhr ein solches mit allseitiger Strafdrohung, die Gefangenenbefreiung ein solches mit einseitiger, von den Verbrechen mit nur möglichem Mitwirken z. B. die widernatürliche Unzucht ein solches mit allseitiger, die Unzucht mit Pflegebefohlenen ein solches mit einseitiger Strafdrohung.

Nach der herrschenden Meinung würden die vier obenangeführten Arten der Verbrechen nicht immer solche mit notwendiger Teilnahme sein, da ein tatbestandsmäßiges notwendig tätiges Mitwirken nicht erforderlich ist. Es würden aber auch die Verbrechen mit nur möglicher aktiver Beteiligung Verbrechen mit „notwendiger Teilnahme" darstellen, jedoch nur dann, wenn die notwendig Beteiligten tätig mitwirken. Allerdings sind diese Delikte nach der üblichen Begriffsbestimmung allgemein nicht zu den Verbrechen mit notwendiger Teilnahme zu rechnen [109]). Jedoch ist im strafrechtlichen Schrifttum, wie Bergen betont [110]), diese Folgerung nicht immer gezogen worden. So rechnet z. B. dagegen Lobe [111]) diejenigen Delikte nicht zur notwendigen Teilnahme, bei denen das Vorhandensein einer anderen Person als bloßes Objekt der verbrecherischen Handlung notwendig ist. Die Teilnahme setze eine Handlung, sei es eine Tätigkeit, sei es eine Unterlassung voraus. Das nur untätige Verhalten begründet — nach Lobe — noch keine Teilnahme. Aber auch dann liege keine notwendige Teilnahme vor, wenn die Person, an und mit der eine unzüchtige Handlung vorgenommen wird und die sich dabei nicht bloß leidend zu verhalten braucht, tätig zur oder bei der Vornahme der Handlung mitwirkt, also eine wirkliche Teilnahmehandlung an der mit ihr vorgenommenen Handlung begeht.

Dagegen werden im Schrifttum oft neben den Delikten, „bei deren Begehung die Mitwirkung mehrerer Personen zumindest regelmäßig erfolgt und als Normalzustand bereits vom besonderen Tatbestand mitberücksichtigt wird", diejenigen — im Gegensatz zu Lobe — zur notwendigen Teilnahme gerechnet, „bei denen es äußerst zweifelhaft ist, ob eine Mitwirkung mehrerer die Regel bildet oder nicht, z. B. die Vornahme unzüchtiger Handlung mit Pflegebefohlenen (§ 174 Ziffer 1 StGB). So findet sich der wenig genau hier nicht sehr brauchbare Begriff der Regelmäßigkeit auch wirklich in keiner Definition der „notwendigen Teilnahme"; vielmehr sieht man diese gewöhnlich als notwendiges Zusammenwirken mehrerer an und duldet dann stillschweigend oder ausdrücklich den Widerspruch zwischen der Begriffsbestimmung im allgemeinen und der Subsumtion gewisser Verbrechenstatbestände unter sie im einzelnen" [112]). Und dies ist, nach Ber-

[109]) Vgl. z. B. Blesse S. 8/9.
[110]) Bergen S. 42.
[111]) Lobe in LK S. 169 zu d).
[112]) Bergen S. 2.

gen[113]), auch mit Recht geschehen, denn wenn die notwendig Beteiligten tätig mitwirken, tauche bei diesen Verbrechen das für die sogen. notwendige Teilnahme wesentliche Problem, der Gedanke der „notwendigen Beteiligung" auf.

Für diese Meinung ist als wesentliches Moment ihr Ausgangspunkt in Betracht zu ziehen. Zur Feststellung des Vorliegens einer sogen. notwendigen Teilnahme genügt nämlich — wie Bergen betont — der Gesichtspunkt des tatbestandsmäßig notwendigen Zusammenwirkens mehrerer Personen allein nicht. Der Kern sei vielmehr in der Frage zu sehen, ob im Falle der Mitwirkung der tatbestandsmäßig geforderten notwendig Beteiligten die allgemeinen Teilnahmegrundsätze auf sie zur Anwendung gelangen oder ob sie wegen des besonderen Umstandes der notwendigen Beteiligung ausgeschlossen sind.

Untersucht man nun die Ergebnisse, die Bergen selbst aus diesem Grundsatz zieht, dann muß man zu der Folgerung gelangen, daß die Delikte mit notwendiger Teilnahme grundsätzlich diejenigen umfassen, die eine notwendig schuldhafte Mitwirkung erfordern.

Geht man von dem auch im Gesetz unterstellten Umstand aus, daß die notwendig Beteiligten am Mehrheitsverbrechen vorsätzlich und zwar weder durch irgendwelche Umstände ausnahmsweise entschuldigt oder gerechtfertigt mitwirken, dann dürfte die Prüfung der Frage nach der Teilnahme der notwendig Beteiligten bei den Mehrheitsverbrechen mit allseitiger Strafdrohung gar kein Problem mehr darstellen. Das Ergebnis ist bei derartigen Verbrechen immer, daß die Mitwirkung der an der strafbaren Handlung notwendig — und strafbar — Beteiligten die Begriffsmerkmale der Mittäterschaft im Sinne des § 47 StGB objektiv und subjektiv erfüllt[114]).

Daß dies grundsätzlich der Fall ist bei den Verbrechen mit allseitiger Strafdrohung, bei denen die notwendig Beteiligten tätig mitwirken müssen, ist einleuchtend. Daß dies Ergebnis bei den Mehrheitsverbrechen mit allseitiger Strafdrohung, bei denen eine tätige Mitwirkung aller notwendig Beteiligten nur möglich ist, das Gleiche ist, wenn die Beteiligten tätig mitwirken, braucht danach nicht erst erörtert zu werden. Bei untätiger Beteiligung an letzteren Delikten wird immer ein wesentliches Verbrechensmerkmal, Schuld usw., fehlen.

Es sind also die Delikte mit notwendiger Teilnahme — als Mehrheitsverbrechen mit allseitiger Strafdrohung — regelmäßig Delikte mit Mittäterschaft. Ein besonderes Problem bezüglich der Anwendbarkeit der Teilnahmegrundsätze, Mittäterschaft, insbesondere also der Vorschriften über die Mittäterschaft, kann bei ihnen allgemein nicht entstehen. Sie sind Delikte, die von den notwendig Beteiligten in der Regel in Mittäterschaft begangen werden, jedoch nicht begangen werden müssen. Dies ist, wie schon gezeigt, allerdings mitunter erforderlich, jedoch nur bei einem Teil von ihnen[115]). Inwieweit daneben noch eine weitere Teilnahme der einzelnen Mittäter (als Anstifter oder Gehilfen) möglich ist, ist ein Problem der Konkurrenz, das auch hier keine Besonderheiten bietet, sich im übrigen nach den für die mehrfache Beteiligung einer Person an einer strafbaren Handlung aufgestellten Grundsätzen regelt.

[113]) Bergen S. 42.

[114]) Vgl. u. v. a. Bergen S. 58, 70, 78 u. ö. mit dem dort angeführten Schrifttum; vgl. auch schon Borchert S. 20 und dort Anm. 6.

[115]) Vgl. Binding, Grundriß S. 176/8; Blesse S. 56, 59, 62 insbes. S. 62 Anm. 7 u. ö. Auch oben Anm. 104.

Daraus folgt aber, daß das von Bergen für die sogen. Delikte mit notwendiger Teilnahme aufgestellte Problem eigentlich ein den sogen. Ausnahmeverbrechen eigenartiges ist; denn bei den Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung allein entsteht im Schrifttum die Frage, ob die Mitwirkung des straflos notwendig Beteiligten als Teilnahme — hier allerdings nicht als Mittäterschaft, sondern in erster Linie als strafbare Teilnahme im engeren Sinne (als Anstiftung oder Beihilfe) — aufgefaßt werden kann und als solche strafbar ist.

Bei den Mehrheitsverbrechen mit allseitiger Strafdrohung — in ihren verschiedenartigen Formen — ist die Frage nach der Bestrafung der notwendig Beteiligten lediglich die allgemeine, wie sie auch bei den Verbrechen, die in Eintäterschaft begangen werden, auftaucht, nämlich die: unter welchen Umständen werden die Delikte in Mittäterschaft begangen? Ein anderes Problem ist dann allerdings daneben in der Frage zu sehen, welche strafbaren Handlungen überhaupt nur in Mittäterschaft begangen werden können. Die Frage nach der Anwendbarkeit des § 47 StGB ist bei diesen, wenn die notwendig Beteiligten sämtlich vorsätzlich und schuldfähig handeln — und das müssen die bei den sogen. Mittäterschaftsdelikten[116]) — jedoch überhaupt nicht mehr zweifelhaft. Es ist also bei den Mittäterschaftsdelikten kein besonderes Problem der Anwendbarkeit der Teilnahmegrundsätze gegeben, das sich aus dem Umstand des notwendigen Zusammenwirkens ergibt. Die allgemeinen Regeln müssen zur Anwendung gelangen. Einer besonderen Aufstellung dieser recht eigentlichen „Mittäterschaftsdelikte" kommt daher eine praktische Bedeutung nicht zu.

Und die Mehrheitsverbrechen mit allseitiger Strafdrohung, die nicht Mittäterschaftsdelikte sind, weil sie nicht in Mittäterschaft begangen sein müssen, sondern nur regelmäßig solche sind, stellen gleichfalls keine Besonderheiten dar. Die Frage nach der Anwendbarkeit der Teilnahmevorschriften erhebt sich bei ihnen nur im Falle der Mitwirkung, ist ihnen also grundsätzlich nicht eigenartig und kann nur in der gleichen Weise wie bei den Delikten mit sogen. Alleintäterschaft aufkommen. Insbesondere aber handelt es sich auch hier um die Frage, in welchen Fällen das Verbrechen in Mittäterschaft begangen wird und § 47 StGB Anwendung findet. Ist jedoch bei den Verbrechen, die nicht in Mittäterschaft ausgeführt werden müssen, ein notwendig Beteiligter aus irgendwelchen Gründen — Straf- oder Schuldausschließungsgründen — straflos, dann ist gleichzeitig auch zweifellos seine Bestrafung als Teilnehmer ausgeschlossen.

Man mag demnach die sogen. notwendige Teilnahme im „engeren" oder im „weiteren" Sinne[117]) fassen, notwendig ist nach alledem dieser Begriff nicht, abgesehen davon, daß er im Sinne der herrschenden Lehre schon deshalb dem allgemeinen Begriff der strafrechtlichen Teilnahme nicht entspricht, weil diese notwendig schuldhafte und strafbare Mitwirkung fordert, die bei den Delikten mit notwendiger Teilnahme nicht immer erfolgen muß, und daher zu Zweifeln Anlaß geben muß[118]).

[116]) So schon Geyer, Erörterungen S. 91 Anm. 1.

[117]) So Koehler S. 508, Mezger S. 455. Allerdings ist Bergen S. 2 Anm. 6 darin zuzustimmen, daß es kaum angeht, eine „Teilnahme", die einmal der herrschenden Meinung gemäß keine Teilnahme im technischen Sinne ist und auch nicht notwendig ist, als „notwendig im weiteren Sinne" zu bezeichen. Vgl. auch Bergen S. 65 Anm. 64.

[118]) Vgl. Beling LvV S. 401/2; Wachenfeld S. 194; M. E. Mayer Strafrecht 386.

Wenn aber Freudenthal den Begriff der notwendigen Teilnahme gerade deshalb für wertvoll erachtet, weil er verneinend zum Ausdruck bringe, daß nicht das Verschulden mehrerer gefordert wird — „Verbrechermehrheit ist keineswegs Eigentümlichkeit dieser Delikte" — so ist dem entgegenzuhalten, daß gerade wegen dieses Ergebnisses ein besonderer Begriff für die notwendige Teilnahme unbrauchbar ist. „Eine Deliktsgruppe aufstellen, um von ihr zu behaupten, daß ihre Eigentümlichkeit die ist, nach den aller allgemeinsten Regeln über Mittäterschaft, Rechtswidrigkeit, Verschuldung usw. behandelt zu werden, das dürfte wohl ein verfehltes Verfahren sein" [119]). Und auch über die Frage, die die wichtigste darstellt, nämlich die strafrechtliche Stellung der Beteiligten, insbesondere ihre Strafbarkeit, kann der Begriff der notwendigen Teilnahme — wie Freudenthal selbst zugibt [120]) — keinen Aufschluß geben. Wenn weiterhin Freudenthal selbst für die sog. Mittäterschaftsdelikte ein Verschulden mehrerer für nicht erforderlich erachtet, setzt er sich einmal in Gegensatz zu der herrschenden Meinung, die derartige Verbrechen anerkennt und den Begriff in den eng gezogenen Grenzen aufrechterhält; denn nur in diesen Fällen ist die Teilnahme (Mittäterschaft) notwendig. Andererseits aber leugnet er damit gerade jegliche Bedeutung der „notwendigen Teilnahme", die eine nur dieser eng begrenzten Gruppe zukommende Eigentümlichkeit bildet.

Endlich kommt noch hinzu, daß die innerhalb der notwendigen Teilnahme verwandten Begriffe des „Sichbegegnens" und „Konvergierens" keine eindeutige Trennung der einzelnen Delikte bieten. Es kann vielmehr bei einigen Verbrechen recht zweifelhaft sein, ob sie besser zur einen oder zur anderen Kategorie zu zählen sind [121]).

Alles in allem kann demnach ein besonderer Begriff der notwendigen Teilnahme keine Anerkennung beanspruchen.

5) Die Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung, bei denen ein Teilnahmeproblem nicht entstehen kann.

Das Problem beschränkt sich also auf einen Teil der Mehrheitsverbrechen. Die Mehrheitsverbrechen mit allseitiger Strafdrohung sind, da bei ihnen grundsätzlich ein Teilnahmeproblem nicht entstehen kann, auszuscheiden.

Aber auch von den verbleibenden Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung sind noch einige Delikte auszusondern, bei denen gleichfalls die zu untersuchende Frage sich nicht erheben kann. Es gibt nämlich solche, bei denen die im gesetzlichen Tatbestand straflos gelassenen notwendig Beteiligten aus bestimmten Gründen von vorneherein einer Täterschaft und auch einer Teilnahme garnicht fähig sind. Als ein Delikt ohne ein derartiges Teilnahmeproblem ist z. B. — als wichtigster Fall unseres geltenden Rechts herausgegriffen — der Betrug anzuführen. Daß der Betrogene selbst niemals Mittäter an einem Betrug seiner eigenen Person sein kann, ist eindeutig; denn eine Strafdrohung, die ihn betreffen könnte, steht im völligen Widerspruch zu dem Wesen des Delikts. Unzweifelhaft kann der Betrogene aber auch niemals als Gehilfe des Betrügers angesehen werden, da eine Teilnahme infolge des fehlenden Vorsatzes bei dem Getäuschten nicht in

[119]) M. E. Mayer in Lit.Blatt S. 94.
[120]) Freudenthal S. 193. Vgl. auch oben S. 24.
[121]) So Koehler S. 505; v. Bar II/735.

Frage steht. Es braucht dabei also nicht auf den besonderen Umstand einer notwendigen Beteiligung zurückgegriffen zu werden. Die Unmöglichkeit einer Teilnahme der straflosen Beteiligten ergibt sich in allen diesen Fällen bereits unzweifelhaft aus dem inneren Wesen des einzelnen Delikts [122]).

Als derartige Delikte sind — unter Prüfung der einzelnen Verbrechenstatbestände — anzusehen:

1. die Delikte, bei denen die Gewaltanwendung (auch die „Sprengung der gesetzgeberischen Versammlungen, § 105 StGB oder der „tätliche Widerstand" im § 116 Absatz 2 StGB ausdrückliches Begriffsmerkmal ist. Werden derartige strafbare Handlungen unter Gewaltanwendung begangen, so kann die überwältigte Person einerseits wegen Fehlens einer Handlung und wegen einer aus diesem Grunde fehlenden Strafbestimmung nicht Täter des Delikts sein, andererseits aber auch aus dem Wesen des betreffenden Verbrechens heraus sich keiner Teilnahme schuldig machen. Denn „eine freiwillige Mitwirkung der genötigten Person widerspräche völlig dem Charakter dieser Delikte und würde den Tatbestand aufheben" [123]).

Fälle dieser Art stellen u. a. dar [124]): die Delikte der §§ 105, 106, 107, 113, 114, 116 Abs. 2, 117, 122, 125, 167, 176 Nr. 1, 177, 234, 235, 236, 240, 249, 250, 252 bis 255, 339 und 343 StGB; §§ 89 bis 91 der Seemannsordnung vom 2. Juni 1902, ferner die Gefangennahme des § 81 Nr. 1 StGB, die Einsperrung des § 239 StGB.

2. Auch bei den Delikten, die eine Beeinflussung eines fremden Willen voraussetzen, ist eine Teilnahme der notwendig Beteiligten unmöglich; so z. B. wenn die Handlung „wider Willen" begangen sein muß, §§ 236, 370 Nr. 6 StGB, § 7 der Strandungsordnung vom 17. Mai 1874; „ohne dessen Willen oder dessen Anordnung zuwider" wie im § 269 StGB; oder „ohne Einwilligung" (der Eltern) im § 237 StGB; „ohne Wissen oder Vorwissen", §§ 297, 367 Nr. 1 StGB und endlich kann die „willenlose oder bewußtlose" Frauensperson des § 176 Nr. 2 StGB niemals „Teilnehmerin" sein.

3. Und schließlich ist bei den Delikten, die eine durch List oder Täuschung erlangte Zustimmung erfordern, z. B. §§ 170, 179, 234 bis 236 [125]), 263, 267 ff, 271 StGB, eine Mitwirkung des Getäuschten mangels Vorsatzes weder in der Form der Täterschaft, noch in der der Teilnahme möglich, da ein vorsätzliches Mitwirken des Getäuschten (ohne Beeinflussung seines Willens) dem Wesen der Delikte zuwider sein würde. Inwieweit eine fahrlässige Mitwirkung der straflosen notwendig Beteiligten in Betracht zu ziehen ist, ist eine Frage, die mit dem Problem der fahrlässigen Teilnahme bei vorsätzlicher Verbrechensbegehung allgemein zusammenhängt. Da diese Frage eine besondere der Teilnahmelehre überhaupt ist, kann sie hier unberücksichtigt bleiben.

---

[122]) Bergen S. 32/33.

[123]) Bergen S. 34.

[124]) Vgl. hierzu und zum Folgenden: Binding, Handbuch S. 709 Anm. 9 Ziffer 1) bis 7) und auch Bergen S. 33 ff.

[125]) Daß diese Delikte gleichzeitig auch unter die erste Gruppe gerechnet werden müssen, da sie sogen. Mischtatbestände enthalten, darf hier nicht stören.

6) Die Einteilung der Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung.

Scheidet man diese Delikte aus dem großen Kreise der Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung aus, dann verbleiben noch diejenigen, bei denen allein die hier bedeutsame Frage der Anwendbarkeit der Teilnahmegrundsätze auftaucht. Unter Verwendung einer — schon erörterten — Einteilung lassen sich die Verbrechen mit notwendiger Beteiligung scheiden in diejenigen mit einer notwendig aktiven Beteiligung und in diejenigen mit einer nur möglichen Mitwirkung. Bei der ersten Art dieser Delikte müssen also die an ihnen notwendig beteiligten Personen bei der Verbrechensbegehung notwendigerweise (tätig) mitwirken, bei der anderen Art können sie lediglich (tätig) mitwirken, müssen es jedoch nicht unbedingt. Hierbei ist ein rein untätiges Verhalten des einen Beteiligten möglich und wird auch bei manchen den Regelfall bilden. Wirken aber die notwendig Beteiligten im Einzelfall sämtlich tätig mit, dann erhebt sich die eigentümliche Frage nach der Anwendbarkeit der Teilnahmevorschriften doch nur dann, wenn ihr Verhalten sich als eine Teilnahme im technischen Sinne darstellt. Denn als Täter — auch als Mittäter — ist der eine in derartigen Fällen immer straflos. Nur die Bestrafung ihrer Beteiligung in Form der Teilnahme erscheint im Schrifttum fraglich.

Fälle der ersten Verbrechensgruppe sind u. a. der Wucher, der Stimmverkauf des Konkursgläubigers und die Bestechung des § 331 StGB, während Straftaten der zweiten Art z. B. die Unzucht mit Pflegebefohlenen, die Aussetzung, Kinderraub und Entführung darstellen.

Würde man nun allein diese Delikte den Mehrheitsverbrechen zurechnen, dann wäre damit nichts anderes zum Ausdruck gebracht, als daß die Benennung der notwendigen Teilnahme geändert wurde. Denn für die Mehrheitsverbrechen wäre es dann — wie für den im Schrifttum überwiegend benutzten Begriff der notwendigen Teilnahme — hauptsächlich abgestellt auf die — aktive oder passive — „notwendige Beteiligung". Wenn man aber weiterhin gerade für die Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung das Problem in der Frage der Anwendbarkeit der Teilnahmegrundsätze auf den straflosen Täter sieht, dann muß der Kreis der Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung notwendig erweitert werden.

So hat denn auch B e r g e n [126]) als weitere Gruppe noch unter die Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung diejenigen strafbaren Handlungen gerechnet, in deren Tatbestand lediglich die Beteiligung an der Handlung eines anderen unter selbständige Strafe gestellt ist — Gefangenenbefreiung, Kuppelei, Begünstigung — wobei dann der besondere Beteiligungstatbestand — oder wie oft gesagt wird: die Teilnahmehandlung — entweder zu einer straflosen — der Selbstbefreiung des Gefangenen, der Unzuchtsverübung, der Selbstbegünstigung — oder aber zu einer strafbaren Haupttat — der Abtreibung des § 218 Absatz 1 und 2 StGB, dem Zweikampf — aufgestellt sei.

In dem ersten Fall sei für die „Haupttat" der einen notwendig beteiligten Person keine ausdrückliche Strafbestimmung vorhanden, ihr Verhalten daher auch nicht von dem Verbot eines anderen Tatbestandes — des Beteiligungstatbestandes — erfaßt, der — wie die Haupttat — immer ein Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung bilde, wäh-

[126]) Bergen S. 45.

rend in den übrigen Fällen die notwendig beteiligte Person zwar gleichfalls nicht als Täter des Beteiligungstatbestandes in Betracht komme, jedoch bei der Haupttat tatbestandsmäßig als alleiniger Täter unter besondere Strafe gestellt sei.

Richtig ist an dieser Ansicht allein, daß bei diesen Verbrechen das den „Ausnahmen" eigentümliche Problem auftaucht. In verschiedener Hinsicht ist sie jedoch zu eng, ja sogar unrichtig.

Oftmals ist nämlich die falsche Anschuldigung des § 164 StGB (in der Fassung vom 26. Mai 1933) unter die Ausnahmefälle gerechnet worden. Nach Bergen wäre dies nicht möglich, da im Tatbestand des § 164 StGB ja nicht eine „Beteiligungshandlung" unter besondere Strafe gestellt ist und das Delikt auch nicht ein solches mit notwendiger Teilnahme darstellt. Die Strafbestimmung des § 164 StGB bildet vielmehr ein völlig selbständiges Delikt, allerdings ein solches, das regelmäßig in Alleintäterschaft begangen wird. Die notwendige Beteiligung eines straflosen Täters ist zur Begehung der falschen Anschuldigung nicht erforderlich. Dieser ist lediglich „Beziehungsobjekt". Daher würde man dieses Delikt auch nicht zu denen mit notwendiger Teilnahme rechnen können. Und trotzdem gehört auch dieses Verbrechen zu den sogen. Ausnahmedelikten. Denn auch hier taucht die zu erörternde Fragestellung auf.

Die Begehung derartiger Delikte ist für eine Person in Bezug auf sie selbst straflos. Die falsche Anschuldigung ist unbestritten straflos. Wird aber das Delikt von einem anderen in Beziehung auf die als Täter straflose Person begangen, dann ist seine Handlung strafbar, da für ihn eine besondere gesetzliche Strafbestimmung vorhanden ist. Dabei bedeutet es auch keinen wesentlichen Unterschied, wenn die verselbständigte Straftat sich inhaltlich als „Beihilfehandlung" darstellt. Dies ist das eigentliche Verhältnis der falschen Anschuldigung zur falschen Selbstanschuldigung. Da nun die Selbstbegehung nicht mit Strafe bedroht ist, kann derjenige, der sich selbst falsch anschuldigt, auch niemals Mittäter an dem Delikt des § 164 StGB sein. Die Frage ist aber, ob jemand bei strafloser Selbstbegehung Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe) an dieser Straftat des anderen werden und als solcher bestraft werden kann.

Stellt man es allein auf diese Fragestellung ab, dann wird deutlich, daß derartige Verbrechen, deren Selbstbegehung straflos ist, nicht wegen des besonderen Umstandes der notwendigen Beteiligung — es liegt nur ein Beziehungsverhältnis vor — zu den Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung gerechnet werden können. Aus diesem Grunde bedarf dann auch der Begriff des Mehrheitsverbrechens mit einseitiger Strafdrohung einer Erweiterung. Es sind also alle diejenigen Verbrechen dazu zu rechnen, die diese eigentümliche Fragestellung aufweisen, sei es, daß sie solche mit „notwendiger Beteiligung" oder solche sind, die in Alleintäterschaft, aber in Beziehung auf einen anderen begangen werden. Maßgebend ist immer und allein die Frage der Bestrafung der Teilnahme einer als Täter straflosen Person. Aus diesem Grunde dürfte aber der Begriff der notwendigen Teilnahme vornehmlich für vorliegendes Problem als wertlos abzulehnen sein; denn unter diesem Begriff können nicht sämtliche in Betracht kommende Verbrechen zusammengefaßt werden, insbesondere begreift er die erwähnten, in Alleintäterschaft begangenen, Verbrechen nicht mit.

Danach umfassen die Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung vier große Gruppen von Delikten:

1) diejenigen, bei denen die tätige Mitwirkung des straflosen notwendig Beteiligten an der Tat des allein strafbaren Täters erforderlich ist;
2) diejenigen, bei denen lediglich seine untätige Beteiligung gefordert ist;
3) die Verbrechen, bei denen die Selbstbegehung straflos ist und der bei Selbstbegehung straflose Täter Beziehungsobjekt ist; und endlich
4) die Verbrechen, bei denen die Haupthandlung straflos, eine Beteiligungshandlung zur straflosen Haupttat aber unter besondere Strafe gestellt ist.

Kap. 4:

Die einzelnen sogenannten Ausnahmen.

1) Allgemeines: Die Straflosigkeit des Teilnehmers als Täter.

Der Begriff des Mehrheitsverbrechens mit einseitiger Strafdrohung ist somit weiter gefaßt als bei B e r g e n. Das Merkmal der notwendigen Beteiligung spielt hier keine entscheidende Rolle; es dient nur zur Kennzeichnung eines Teils dieser Delikte.

Von den vier Gruppen der Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung weisen je zwei wieder tatbestandsmäßig Ähnlichkeiten auf. Die Gleichartigkeit der ersten und zweiten Gruppe liegt darin, daß es sich bei ihnen um die Frage der Bestrafung der Teilnahme eines straflosen notwendig Beteiligten an der Tat des allein strafbaren Täters handelt, während die Mitwirkung des Straflosen zu der Tatbestandsverwirklichung eine verschiedene sein kann — tätige oder untätige Beteiligung. Bei der dritten und vierten Gruppe handelt es sich um die Frage der Bestrafung der Teilnahme einer als Täter straflosen Person an einer bei Begehung durch einen anderen unter besondere Strafe gestellten Handlung, die sich förmlich immer als Täterschaftshandlung darstellt, inhaltlich aber bei der vierten Kategorie eine „Beteiligungshandlung" bildet.

Die sämtlichen Delikten eigene Frage ist aber nicht die, ob die Beteiligung des als Täter Straflosen an der Tat des anderen ist gegebenenfalls als Teilnahme aufgefaßt werden kann. Die Frage ist vielmehr lediglich die, ob die Teilnahme auch immer als s t r a f b a r e angesehen werden muß, oder ob nicht gewisse Gründe dafür sprechen, daß eine derartige Teilnahme ausnahmsweise nicht strafwürdig erscheint — dies ist gerade das Problem der sogen. Ausnahmen.

Daß eine Teilnahme der straflosen Personen an sich als eine nach §§ 47 ff StGB strafbare möglich ist, kann nicht zweifelhaft sein, da die Delikte, bei denen das eigenartige Teilnahmeproblem nicht entstehen kann, bereits aus diesem Verbrechenskreise ausgeschieden worden sind. Es handelt sich demnach nur noch darum, die Begründung ihrer angeblichen Straflosigkeit zu untersuchen. Dabei ist aber erst einmal zu

prüfen, ob sich nicht etwa eine Straflosigkeit ganz allgemein aus dem einzelnen in Frage stehenden Verbrechenstatbestand herleiten läßt.

Die erste Kategorie dieser Verbrechen umfaßt alle diejenigen Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung, bei denen die straflos notwendig beteiligte Person an der Tat des allein strafbaren Täters tätig mitwirkt.

Daß bei diesen Verbrechen sämtliche mitwirkende Personen tatbestandsmäßig als notwendig Beteiligte gefordert sind, braucht nicht mehr erörtert werden.

Bezüglich der Feststellung ihrer Strafbarkeit als Täter ist nun von dem gesetzlichen Tatbestand auszugehen; denn er bildet das unentbehrliche Hilfsmittel, ein menschliches Verhalten, das sozialschädlich und strafwürdig zu sein scheint, logisch zu umreißen, zu „typisieren" und einfürallemal mit Strafe zu bedrohen [127]). Ist also ein Verbrechen nicht in die gesetzlichen Typen einreihbar, nicht durch einen strafrechtlichen Tatbestand umrissen, so ist es — als atypisches Verhalten — ein nicht strafbares [128]). Wenn danach zwar im Verbrechenstatbestand (z. B. in den ersten beiden Kategorien) mehrere Personen erwähnt sind, jedoch ausschließlich das Verhalten der einen unter Strafe gestellt und eine — an sich mögliche — Bestrafung der anderen mit Schweigen übergangen ist, bedeutet dies nichts anderes, als daß die notwendige tätige — wie auch untätige — Beteiligung wohl mitberücksichtigt ist, aber niemals als Täterschaft mit Strafe geahndet werden soll und kann. Die Gründe, die im Einzelfall den einen notwendig Beteiligten straflos, also einen Strafanspruch des Staates nicht entstehen lassen, können zwar mannigfache sein; sie sind jedoch ohne Belang [129]). Es genügt hier die bloße Feststellung, daß die Mitwirkung des einen notwendig Beteiligten mangels einer ihn betreffenden gesetzlichen Strafdrohung als Täterschaft niemals strafbar sein kann.

Damit wird aber auch die Unterscheidung dieser Delikte von den Verbrechen, bei denen ein Teilnahmeproblem nicht auftauchen kann, deutlich. Während nämlich bei ihnen die Straflosigkeit — auch wegen Teilnahme — der einen notwendig beteiligten Person sich aus dem Wesen des Verbrechens selbst ergibt, sind es hier außerhalb des Verbrechens liegende Gründe, die ein staatliches Strafrecht nicht zur Entstehung gelangen lassen; denn der Natur des Delikts stände an sich nichts entgegen, daß der — straflos gelassene — notwendig Beteiligte ebenfalls — als Täter — von der Strafdrohung getroffen würde. Zum Beispiel wäre es durchaus denkbar, daß der Gläubiger wegen der Annahme der Befriedigung im § 241 KO unter Strafe gestellt würde. In unserem geltenden Recht ist aber für ihn gar keine gesetzliche Strafdrohung vorhanden, die eine Bestrafung ermöglichen ließe. Aus besonderen Gründen soll ein selbständiger Straftatbestand auf den einen not-

[127]) Vgl. Blesse S. 10/11.

[128]) Beling, Tatbestand S. 2.

[129]) Vgl. dazu Binding, Handbuch § 144 ff., S. 689 ff. und § 69 S. 316 zu II; Lobe in LK S. 24. Nach Hippel, Lehrbuch S. 83 ist es begrifflich nicht bestimmbar, wann der Staat an den Tatbestand die öffentliche Strafe als Folge knüpft, da darüber die praktischen Bedürfnisse des Rechtsgüterschutzes entscheiden. Daher mußten mehrfache Versuche in dieser Richtung scheitern, a. a. O. Anm. 12 und Strafrecht II/89/92.

wendig Beteiligten gerade nicht zur Anwendung gelangen, trotzdem er sehr wohl strafbarer Täter sein könnte.

Diese Frage sei an einem weiteren Beispiel, den Bestechungsdelikten, verdeutlicht. Diese umfassen diejenigen strafbaren Handlungen, durch die jemand einem anderen Vorteile verspricht oder gewährt, um ihn zu einem Verhalten zu bestimmen, das schutzwürdigen Belangen widerspricht, oder bei denen der andere für ein solches Verhalten Leistungen fordert [130]). Tatbestandsmäßig sind hier immer mehrere zusammenwirkende Personen gefordert, wobei allerdings auch wieder diejenigen Delikte mit einseitiger Strafdrohung von denen mit doppelseitiger zu trennen sind. Verbrechen der zweiten Art, bei denen die sich entsprechenden gegenseitigen Tätigkeiten als Täterschaft bedroht und die hier ohne Belang sind, stellen z. B. dar: §§ 332, 333, 334 Absatz 1 und 2 StGB, § 12 Unl. W. G. und § 89 Börsengesetz.

Verbrechen, bei denen nur eine Seite der zusammengehörenden Tätigkeiten mit Strafe bedroht ist, bilden die restlichen Fälle der Beamtenbestechung des Strafgesetzbuches. Hierbei ist die sogen. aktive von der passiven zu unterscheiden. Dies bedeutet aber nun nicht, daß in diesem Falle die aktive Tätigkeit im Sinne einer tätigen Mitwirkung und die passive als untätige Beteiligung aufzufassen wären. Die „aktive" Tätigkeit besteht vielmehr in dem Anbieten, Versprechen und Gewähren von Vorteilen für eine Amtshandlung und die sogen. passive in der Annahme angebotener oder versprochener Vorteile; oder kürzer ausgedrückt: es handelt sich hier um den Gegensatz zwischen Geben (aktiv) und Nehmen (passiv). So erfordert § 331 StGB als notwendige Ergänzung des Annehmens oder Sichversprechenlassens das Geben oder Versprechen von Vorteilen. Das Geschenk muß Gegenleistung für die erkennbar zu bezeichnende Amtshandlung sein [131]). Scheidet man weiter die Bestechung zur Vornahme einer nichtpflichtwidrigen von der zur Vornahme einer pflichtwidrigen Handlung, dann ist bei der ersteren Art im § 331 StGB die aktive Seite, das Gewähren usw., die nicht unter Strafe gestellte Handlung des notwendig Beteiligten, die danach mangels eines Tatbestandes nicht als Täterschaft gestraft werden kann. Bei der Bestechung zur Vornahme einer nichtpflichtwidrigen Amtshandlung ist nur die passive Handlung des Beamten, die Geschenkannahme, für strafbar erklärt, während bei der Bestechung zu einer pflichtwidrigen Handlung im § 332 StGB der Nehmer und im § 333 StGB der Geber unter Strafe gestellt werden. Die Täterschaftshandlung des Versprechenden ist im Gesetz nur aus besonderen Gründen von einer Strafdrohung nicht miterfaßt, obwohl sich denken ließe, daß sie als solche eine strafbare Handlung sein könnte. Würde man für den im geltenden Recht straflosen notwendig Beteiligten eine Strafdrohung unterstellen, dann wäre seine Handlung eine dem Wesen nach mittäterschaftsartige. Bei dieser Sachlage würde der tätige notwendig Beteiligte bei einer weiteren Teilnahme an derselben Tat nach dem Grundsatz von der Bestrafung der mehrfachen Beteiligung an einer Straftat allein wegen der Täterschaft gestraft werden. Da seine Mitwirkung jedoch im Reichsstrafgesetzbuch nicht als solche strafbare Handlung tatbestandsmäßig erfaßt wird, taucht im § 331 StGB die Frage nach der Strafbarkeit des Bestechenden auf, wenn seine Tätigkeit sich als Mittäterschaft

---

[130]) Blesse S. 77.
[131]) So Liszt § 179 S. 819.

oder als Teilnahme im Sinne der §§ 47 ff StGB darstellt, als Mittäterschaft, wenn sie andere als die korrespondierende Tätigkeiten des Versprechens usw. darstellen. Solange die Handlung in der Form bleibt, die der des strafbaren Täters als „korrespondierende" gegenübersteht, ist sie straflos. Werden aber andere Tätigkeiten entfaltet, die an sich mittäterschaftsartige sind, dann wird eine Bestrafung wegen der Teilnahmeform der Mittäterschaft fraglich.

Die zweite größere Gruppe der sogen. Ausnahmedelikte umfaßt die Verbrechen, bei denen, wie bei der ersten Kategorie, auch nur ein strafbarer Täter vorhanden ist, der straflose notwendig Beteiligte an dessen Tat jedoch lediglich untätig beteiligt zu sein braucht. Seine aktive Mitwirkung ist also keineswegs immer erforderlich; es genügt die bloße Anwesenheit des einen notwendig Beteiligten, wodurch er die Handlung an seiner Person ermöglicht. Der notwendig Beteiligte braucht also nur Tatobjekt zu sein [132]). Aber auch er wird bei den Mehrheitsverbrechen mit allseitiger Strafdrohung dann bestraft, wenn er tätig mitwirkt, wie z. B. bei der unnatürlichen Unzucht des § 175 StGB.

Von den Delikten mit einseitiger Strafdrohung kann z. B. bei den Unzuchtdelikten die Tatbestandshandlung, die Vornahme unzüchtiger Handlungen, einseitig vom Täter ausgeführt werden, ohne daß die Gegenseite tätig werden muß. Es genügt, daß ein Teil die Verbrechenshandlung ausführt, der andere notwendig Beteiligte nicht tätig wird, sondern nur untätig zugegen ist und durch seine bloße Anwesenheit die Tätigkeit des allein strafbaren Täters an seiner Person ermöglicht [133]). Bei derartigen Delikten ist das Tätigwerden mehrerer Personen zur Ausführung der Tatbestandshandlung nicht unbedingt erforderlich; allerdings können beide Seiten an dem Delikt tätig mitwirken. Nur durch diese Möglichkeit der Mitwirkung unterscheiden sie sich von der ersten Gruppe, bei denen sämtliche notwendig Beteiligte tätig sein müssen.

Nun gibt es zwar derartige Delikte auch unter denen, die nach der Fassung ihres Tatbestandes kein Teilnahmeproblem aufkommen lassen, z. B. § 176 Ziffer 1 und 2 StGB. Bei ihnen ist die Annahme einer Täterschaft und einer Teilnahme des untätig Beteiligten grundsätzlich immer aus dem Wesen des Verbrechens unmöglich. Es ist ohne Zweifel, daß der Untätige bei diesen Delikten niemals, auch nicht als Teilnehmer, gestraft werden kann — für die Annahme einer strafbaren Teilnahme fehlt gleichfalls ein Wesensmerkmal (z. B. Vorsatz) — und daher für ihn bei seiner untätigen Beteiligung eine Strafbestimmung nicht vorhanden ist. Bei den hier zur Erörterung stehenden Verbrechen wird die Bestrafung wegen Teilnahme jedoch immer in dem Fall fraglich, wenn die notwendig Beteiligten mit dem Täter zusammen zur Verbrechensverwirklichung tätig werden.

Das eigentliche Problem erhebt sich demnach immer erst dann,

---

[132]) Vgl. Blesse S. 9, Bergen S. 92 ff.

[133]) Vgl. aber neuerdings das Reichsgericht in JW 1933/2058. Danach ist das Merkmal der Vornahme einer unzüchtigen Handlung (§ 176 Z. 3 StGB) erfüllt, wenn ein Mann ohne irgendwelche weitere Mitwirkung geschehen läßt, daß ein Mädchen an ihm unzüchtige Handlungen vornimmt. Ähnlich übrigens auch schon RGE 10/158. Von wem die Initiative ausgeht, ist gleichgültig. Vgl. auch Frank § 174 II u. § 176 II, 1 a. E. Doch dies werden nur Ausnahmefälle darstellen.

wenn der nicht notwendig tätige Beteiligte an der Tatbestandsverwirklichung als ein das Verbrechen Mitausführender tätig wird. Jedoch kann er wegen seiner Mitwirkung als Täter nicht erfaßt werden, da es für ihn an einer Strafdrohung mangelt. Er muß also im Falle seiner Beteiligung wegen seiner Handlung, die wohl als strafbare Täterschaft berücksichtigt werden könnte, straffrei bleiben. Seine Bestrafung wegen einer etwa geleisteten Beihilfe oder Anstiftung unterliegt aber gewissen Zweifeln.

Gerade bei diesen Delikten läßt sich das Problem in aller Klarheit nachweisen.

In diesen Fällen ist der eine Teil immer als sogen. Handlungsobjekt zu betrachten, d. h. als derjenige körperliche Gegenstand, an dem sich die Handlung tatbestandsmäßig vollzieht [134]). Von diesem Handlungs- oder Tatobjekt ist das Schutz- oder Angriffsobjekt — diese Bezeichnungen sind gleichbedeutend — des einzelnen Delikts zu scheiden. „Bei diesem handelt es sich nicht um ein äußeres, körperliches Objekt, an dem sich tatbestandsmäßig die Handlung vollzieht, sondern um das im Tatbestand geschützte Wertobjekt, um das Rechtsgut, das vom Strafrecht unter Schutz gestellt und im Verbrechen angegriffen wird."

Wenn nun Bergen [135]) den straflosen notwendig Beteiligten gegen den sich die strafbare Handlung richtet, als Angriffsobjekt bezeichnet, so verwendet er zweifellos diesen Ausdruck in dem üblichen Sinne. Seinen daraus gezogenen Folgerungen kann jedoch nicht zugestimmt werden.

Allerdings wird es „ohne weiteres einleuchten — und ist wohl auch kaum bestritten worden — daß in diesen Fällen die eine notwendig beteiligte Person keineswegs mit der anderen zusammen die unter Strafe gestellte Handlung hervorbringt." Im Gesetz ist zwar der eine Teil zum Objekt der Tat gemacht. Die Annahme, daß er deshalb als Subjekt der tatbestandsmäßigen Handlung, die sich gegen ihn richtet, nicht in Betracht kommt, ist nicht richtig. Unrichtig ist ferner, daß „der eine notwendig Beteiligte nicht nur als Täter des Deliktes straflos, sondern überhaupt nicht in der Lage ist, Täter des Delikts zu sein."

Die Mitwirkung — aktive wie passive — beider ist zwar nicht, wie es für die Gruppe der Mehrheitsverbrechen mit „korrespondierender" Tätigkeit der notwendigen Beteiligten zutrifft, vom Gesetz zur tatbestandsmäßigen Handlung zusammengefaßt, deren Mitwirkung allerdings für die eine Seite straflos gelassen wurde. Auch ist zwar eine strafbare Täterschaft bei passiver Beteiligung des einen notwendig Beteiligten nicht möglich, da es dann schon an einer tatbestandsmäßigen Handlung fehlt. Wirkt jedoch der nicht mit Strafe bedrohte notwendig Beteiligte tätig mit, dann taucht auch hier das sämtlichen sogen. Ausnahmeverbrechen eigentümliche Problem auf. Denn erst bei tätiger Beteiligung fragt es sich, ob das sogen. Handlungsobjekt unfähig ist, Täter zu sein, oder nur als Täter straflos gelassen worden ist. Die Folgerungen aus der Annahme einer Unfähigkeit, Täter zu sein, würde dann weiter bedeuten, daß er auch kein Teilnehmer sein kann. Dies ist für die Verbrechen ohne Teilnahmeproblem bereits gezeigt worden. Nimmt man aber demgegenüber an, daß er als Täter nur straflos gelassen

[134]) Vgl. Mezger S. 188/9 und dort Anm. 9 mit weiteren Nachweisen.

[135]) Bergen S. 93.

worden ist, dann könnte seine Bestrafung — bei einer grundsätzlich möglichen Teilnahme — wegen dieser noch fraglich sein.

In diese Kategorie sind überhaupt sämtliche Fälle der sogen. reinen Selbstverletzung zu rechnen, also die Verbrechen, bei denen Angreifer und Angegriffener gleichbedeutend sind. Der Angreifer ist wegen seines Angriffs auf sich selbst nicht zu bestrafen. Der Täter handelt bei diesen Delikten gegen Rechtsgüter für ihn höchst persönlicher Natur, „weil sie in Qualititäten seines Menschentums bestehen, wider sein Leben, seine Gesundheit, seine Freiheit, seine Ehre, seine Geschlechtsehre — lauter Güter, die nicht Objekte seiner Berechtigungen sein können, weil Rechte auf oder am Leben, auf oder an der Gesundheit usw. schlechterdings undenkbar sind" [136]). Straflos ist demnach die Selbsttötung, die reine Selbstverstümmelung, die Mißhandlung des eigenen Leibes, die Selbstverleumdung, die Selbstbedrohung u. a.

Das Bedeutsame aller dieser Verletzungen liegt in der völligen Übereinstimmung zwischen dem Subjekt und dem Gegenstand der Verletzung. Das geltende Recht kennt zwar für die „reine" Selbstverletzung keine Strafe. „Es enthält jedoch Strafbestimmungen, die gegen die in der an sich straflosen Selbstverletzung liegende ethische Verletzung eines aliud gerichtet sind" [137]). Wird die Übereinstimmung überschritten, reicht die Verletzung also über den Verletzten hinaus, dann übergeht das Gesetz derartige Handlungen nicht mehr. So bestraft z. B. der — heute allerdings unpraktische — § 142 StGB denjenigen, der sich vorsätzlich durch Selbstverstümmelung oder auf andere Weise zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht oder sich durch einen anderen untauglich machen läßt. Dabei wird die Selbstverletzung „nicht als solche, sondern nur mit Bezug auf die durch sie herbeigeführte Schwächung der militärischen Kraft, als Mittel zum verbotenen Zweck gestraft" [138]).

Die Straflosigkeit der Selbstverletzung ist zum Teil im Schrifttum daraus hergeleitet worden, daß der Angriff ganz außerhalb des Rechtsgebietes fällt, nicht verboten und nicht erlaubt, sondern vielmehr rechtlich bedeutungslos ist [139]). Mag man sich auch gegen diese Begründung aus dem Grunde wenden, weil es ein Gebiet zwischen Recht und Unrecht nicht gibt, da eine Handlung im Strafrecht entweder verboten oder nicht verboten ist, also ein Zwischengebiet rechtlich gleichgültigen Handelns nicht besteht [140]). Unbestritten dürfte aber sein, daß die Selbstverletzung mangels Tatbestandlichkeit auf jeden Fall im geltenden Recht straflos ist.

Einen Unterschied macht es allerdings, ob jemand nicht Täter sein kann oder nur als solcher nicht bestraft wird. Denn im ersten Fall — bei den Delikten ohne Teilnahmeproblem — ist damit aus dem Wesen des Delikt heraus auch eine Teilnahme nicht möglich, aber eine Bestrafung dafür fraglich. Die Frage ist also so zu stellen: ist der nicht

---

[136]) Binding, Handbuch S. 690 zu I, 3 a) und S. 691 f., § 146.

[137]) Klee, Selbstverletzung S. 364/5.

[138]) Klee S. 365, ähnlich Binding, Handbuch S. 700.

[139]) Binding, a. a. O. Vgl. auch Lobe in LK S. 7, der für sogen. rechtsfreie Gebiete eintritt.

[140]) Vgl. u. a. Mezger S. 163, S. 184, S. 208 und dort Anm. 2 mit weiterem Schrifttum, auch Liszt § 32 A II 2 b), S. 186 und Anm. 17 mit weiteren Nachweisen.

mit Strafe Bedrohte nur aus bestimmten Gründen im Gesetz als Täter straflos gelassen, oder ist er überhaupt unfähig, Täter eines derartigen Verbrechens zu sein?

Wenn nun auch derjenige, der sich selbst verletzt, wegen dieser Verletzung nicht bestraft wird, so bedeutet dies noch nicht, daß er überhaupt einer strafbaren Täterschaft unfähig wäre. Eine derartige Handlung, die zwar im geltenden Recht straflos ist, könnte im künftigen Recht aber gesetzlich mit Strafe geahndet werden. Bei einigen Verbrechen war dies in früherer Zeit auch der Fall. So war z. B. im kanonischen Recht die Selbstverleumdung strafbar [141]) und im römischen Recht die Selbstkastration mit Strafe belegt [142]). Es ist demnach durchaus möglich, daß bei der Selbstverletzung der Angegriffene als Angreifer sich einer strafbaren Handlung schuldig machen könnte. Begrifflich ist seine Handlung, als strafbare, nicht ausgeschlossen, wie z. B. die Täterschaft und Teilnahme des Betrogenen bei dem Betrug. Daraus ergibt sich aber, daß der sich Selbstverletzende lediglich aus besonderen Gründen durch einen gesetzlichen Tatbestand nicht erfaßt worden ist. Denkbar wäre, daß bei Mitwirkung des Straflosen seine (mit) täterschaftsartige Handlung als (Mit)Täterschaft bestraft würde.

Dies ergibt sich überdies aus einem Vergleich mit den sogen. Austauschdelikten. Diese sind zwar Verbrechen mit notwendiger Beteiligung, während bei den eben erwähnten Verbrechen Alleintäterschaft die Regel und der als Täter Straflose nur Handlungsobjekt ist. Bei beiden Verbrechensarten aber ist eine Handlung, die an sich Täterschaftshandlung ist, nicht bedroht. Bei den Austauschdelikten ist diese aber miterwähnt, bei den anderen Delikten aber nur als Handlung eines Anderen berücksichtigt. Das Ergebnis ist also, daß der als Täter Straflose wegen seiner Betätigung wohl als strafbarer Täter gedacht werden könnte, daß er im Gesetz aber lediglich straflos gelassen worden ist; ein besonderer Tatbestand ist für seine Handlung nicht aufgestellt worden, weil diese nicht für strafwürdig erachtet wird.

Demnach kommt auch bei den Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung, die nur eine untätige Beteiligung einer Person zur Voraussetzung haben (die Sittlichkeitsdelikte), diese Fragestellung in Betracht. Die tätige Mitwirkung beider notwendig Beteiligten stellt hier gleichfalls ihrem Wesen nach die Handlung von Tätern dar. Jedoch ist im gesetzlichen Tatbestand die Handlung des untätigen Beteiligten, selbst bei seinem tätigen Mitwirken, nicht mit Strafe bedroht. Nach dem Verbrechenstatbestand kann nur einer, der „Alleintäter", strafbar werden. Der passiv Beteiligte, der zwar als Täter gestraft werden könnte, wird als solcher niemals durch einen Straftatbestand erfaßt.

Daher kann auch der Ansicht Bergens [143]) nicht zugestimmt werden, daß in diesen Fällen eine Mittäterschaft der notwendig Beteiligten gar nicht in Betracht kommen könnte, wenn man die Strafbarkeit für den Fall einer Mitwirkung unterstellen würde. Dann soll „höchstens eine Teilnahme im engeren Sinne seitens des einen notwendig Beteiligten an der Tat des anderen" vorliegen.

Allerdings ist Bergen darin zuzustimmen, daß nicht sämtliche

---

[141]) Klee S. 365.

[142]) Vgl. Binding, a. a. O. S. 697 Anm. 8. Über eine „Bestrafung" des Selbstmordes: Liszt § 35 S. 219 Anm. 16.

[143]) Bergen S. 93.

Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung eine sich gegenseitig entsprechende Tätigkeit der notwendig Beteiligten verlangen. Es gibt eine Anzahl von Mehrheitsverbrechen, bei denen der eine Teil lediglich als Gegenstand des Tatbestandes erscheint, bei denen „vielfach die eine notwendig beteiligte Person rein äußerlich zum Objekt der strafbaren Handlung gemacht ist" [144]). Auch bleibt zwar der notwendig Beteiligte, solange er sich nur duldend verhält, unfähig, Täter des Delikts zu sein, da es dann an einer tatbestandsmäßigen Handlung fehlt. Es ist aber zu fragen, wie es mit einer etwaigen Bestrafung steht, wenn der an sich Straflose tätig zur Verbrechensverwirklichung mitwirkt. Daß eine derartige tätige Mitwirkung möglich, aber nicht notwendig ist, dürfte ohne Zweifel sein. Im geltenden Recht ist diese Beteiligung jedoch straflos gelassen. Es ließe sich aber doch denken, daß für sie Straftatbestände aufgestellt würden, nämlich dann, wenn man — ähnlich wie früher bei der Kastration — das Verbrechen als über den Einzelnen hinausgreifend ansieht, z. B. als Angriff auf das allgemeine Sittlichkeitsgefühl. Eine Täterschaft des notwendig Beteiligten ist danach grundsätzlich nicht ausgeschlossen, wie z. B. beim Betrug. Seine Mitwirkung, die begrifflich sehr wohl als strafbare Täterschaft denkbar wäre, ist lediglich aus bestimmten Gründen nicht von einer Strafdrohung erfaßt.

Dieser Gesichtspunkt hat aber auch über die beiden Gruppen hinaus Geltung für die Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung, bei denen eine notwendige Beteiligung im weitesten Sinne nicht erforderlich ist, die vielmehr in Alleintäterschaft begangen werden. Bei ihnen ist die straflose Person „Beziehungsobjekt". Auch für sie könnte die gleiche Handlung (z. B. die Nichtanzeige des § 139 StGB) durch einen besonderen Straftatbestand geregelt sein. Sie kann also grundsätzlich Täter eines derartigen Delikts sein, nur aus besonderen Gründen ist sie gesetzlich nicht für strafwürdig gehalten. Ist daher allgemein eine Handlung in Form der Selbstbegehung straflos gelassen, wird aber ein anderer wegen eines Delikts in Beziehung auf die straflose Person bestraft, dann erhebt sich auch hier die eigenartige Frage: kann der als Täter Straflose wegen Teilnahme an einem Delikt, bei dem er Beziehungsobjekt ist, gestraft werden, wenn die Voraussetzungen der §§ 47 ff StGB vorliegen?

Und endlich fallen unter die letzte Gruppe der sogen. Ausnahmen die sogen. Förderungsdelikte zu einer straflosen „Haupthandlung", z. B. das Verbrechen der Beihilfe zur Selbstbefreiung. Während im ersten Mischtatbestand des § 120 StGB der Befreier eines Gefangenen mit Strafe bedroht ist, ist im zweiten Mischtatbestand die Beihilfe zur Selbstbefreiung unter Strafe gestellt. Das sogen. Hauptdelikt stellt die straflose Selbstbefreiung dar, die mangels eines gesetzlichen Tatbestandes straffrei ist. Auch für sie ergibt sich aber die Frage, ob der Selbstbefreier lediglich aus besonderen Gründen nicht gestraft werden soll, oder ob er überhaupt nicht in der Lage ist, Täter eines Delikts der Selbstbefreiung zu sein.

Zweifellos bezieht sich die Handlung der Gefangenenbefreiung auf eine „andere" Person, den Gefangenen; dieser ist also Beziehungsobjekt. Jedoch wäre es durchaus denkbar, daß er wegen seiner eigenen Befreiung, der Selbstbefreiung, unter Strafe gestellt würde — eine For-

[144]) Bergen S. 92.

derung, die z. B. u. a. Kraewel aufgestellt hat und im Gegensatz zu sämtlichen europäischen Strafgesetzen, die die Strafbarkeit einer derartigen Handlung ablehnen, im japanischen Recht verwirklicht ist[145]). Die Handlung des sich selbst befreienden Gefangenen, der an sich als strafbarer Täter eines derartigen Delikts angesehen werden könnte, unterliegt lediglich aus besonderen Gründen keiner Strafdrohung. Welche Gründe dafür bestimmend waren, die Selbstbefreiung straflos zu lassen, kann außer Betracht bleiben[146]).

Die Beihilfe zur Selbstbefreiung ist — als sogen. Förderungsdelikt — in einem selbständigen Verbrechenstatbestand, als besondere mit Strafe bedrohte Täterschaftshandlung ausdrücklich hervorgehoben. Dies war auch notwendig, wenn man sie überhaupt als strafbare Handlung erfassen wollte. Da die Selbstbefreiung an sich, abgesehen von der Form der Meuterei, straflos ist, würde die Beihilfe zur Selbstbefreiung als Beihilfe zur straflosen Haupttat ohne die Bestimmung des § 120 StGB nicht strafbar sein; daher bleibt auch die Anstiftung zur straflosen Selbstbefreiung straffrei. Wenn sich auch eine scharfe Grenze zwischen den beiden Begehungsanrten weder hier noch in den §§ 121, 347 StGB ziehen läßt, so ist dies auch unnötig, da die Strafdrohung die gleiche ist[147]). Mag man die Gefangenenbefreiung für vorliegendes Problem in die eine oder die andere Gruppe einordnen, so ist doch für die Beihilfe zur Selbstbefreiung gleichfalls wieder die Frage die nach der Strafbarkeit einer dem aus § 120 StGB strafbaren Täter geleisteten Teilnahme des wegen seiner eigenen Befreiung Straflosen.

2) Die Teilnahme des straflosen notwendig Beteiligten bei seinem tätigen Mitwirken an der Tat des allein strafbaren Täters.

a) Allgemeines: die sogenannten Austauschdelikte.

Die einzelnen Verbrechenstatbestände, die diese gemeinsame Fragestellung aufweisen, sind im geltenden Recht in mannigfacher Zahl nachweisbar. Dabei sind die Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung, bei denen sämtliche Personen an der Verwirklichung des Verbrechens tätig mitwirken, gegenüber den drei anderen Gruppen weit in der Überzahl.

Diese Kategorie setzt sich zusammen aus den sogen. Austauschdelikten. Es sind dies die strafbaren Handlungen, bei denen der Austausch von Leistungen der verschiedensten Art, insbesondere aber Kauf oder Verkauf von Gegenständen, mit Strafe bedroht ist[148]). Tatbe-

---

[145]) Kraewel S. 511. Vgl. auch Hofmann S. 59 ff. § 97 des japanischen StGB: „Entweicht ein schon verurteilter oder noch nicht abgeurteilter Gefangener, so wird er mit Zuchthaus bis zu einem Jahre bestraft". Coenders S. 214 Anm. 1.

[146]) Nach M. E. Mayer Gefbefr. S. 12 hat der Respekt vor der natürlichen Macht des Freiheitstriebes die Gesetzgeber zu diesem Ergebnis geführt. Über die Frage, inwieweit der Gefangene aber anderweit disziplinarisch oder strafrechtlich etwa belangt werden kann, vgl. M. E. Mayer a. a. O. S. 12/13.

[147]) M. E. Mayer, a. a. O. S. 27.

[148]) Blesse S. 74.

standsmäßig ist bei diesen Delikten das — tätige — Zusammenwirken mehrerer Personen erforderlich, deren ergänzende Tätigkeiten sich als Leistung und Gegenleistung, z. B. des Veräußerns und des Erwerbens, also als ein „korrespondierendes" Verhalten [149]), gegenüberstehen.

b) Einzelne Fälle.

Nach den sich aus den Einzeltatbeständen ergebenden Tätigkeiten der notwendig Beteiligten sind außer den bereits erwähnten Bestechungsdelikten [150]) als weiterer Fall der Bestechungsdelikte der § 12 Ziffer 4 des Stellenvermittlergesetzes vom 2. Juni 1910 hierher zu rechnen. Hiernach wird derjenige bestraft, der sich Vergütungen gewähren oder versprechen läßt (§ 5 Absatz 1 bis 3). Das Geben wird jedoch von keiner Strafdrohung erfaßt.

Von den sogen. Stimmendelikten zählen hierher als Verbrechen mit nur einseitiger Strafdrohung eines der notwendig Beteiligten z. B. die Fälschung des Mehrheitswillens oder der Stimmenkauf der §§ 243 KO und 151 GenG. In beiden Bestimmungen ist das Sichgewährenund das Sichversprechenlassen eines Vorteils dafür, daß der Annehmende bei den Abstimmungen in einem gewissen Sinne stimmen soll, also nur die passive Tätigkeit, verboten, während die notwendige Voraussetzung hierfür, die mittäterschaftsartige Handlung in Form des Gewährens und Versprechens, mangels einer Strafdrohung nicht gestraft werden kann. Allein in diesen Fällen mit einseitiger Strafdrohung kann das Problem entstehen, ob der nicht als Täter bedrohte notwendig aktiv Mitwirkende als Teilnehmer strafbar sein kann, während bei den Verbrechen mit doppelseitiger Strafdrohung (z. B. §§ 109 StGB und § 317 HGB) der mit Strafe bedrohte Täter niemals noch daneben als Teilnehmer straffällig werden kann. Weitere Fälle stellen die Vorschriften der §§ 244 KO und 83 GmbHGes. dar.

Als weitere Beispiele sogenannter Ausnahmen im Gebiete der Austauschdelikte sind anzuführen: die Gläubigerbegünstigung im Konkurs, § 241 KO — hier ist der Schuldner, der nach Zahlungseinstellung oder nach Konkurseröffnung einen Gläubiger absichtlich vor anderen durch Gewährung einer diesem nicht zustehenden Sicherung oder Befriedigung begünstigt, für strafbar erklärt, während der die Sicherung annehmende Gläubiger (die sogen. passive Seite) durch keinen Straftatbestand erfaßt ist — und § 240 KO, und schließlich die sogen. Ausbeutungsdelikte.

Es sind dies diejenigen strafbaren Handlungen, die die Ausbeutung einer leicht auszunutzenden wirtschaftlichen oder psychischen Lage eines Menschen bezwecken [151]). Sämtliche Verbrechen dieser Art enthalten nur eine einseitige Strafdrohung; bei ihnen ist allein die aktive Seite des notwendig Mitwirkenden, das Ausbeuten, niemals dagegen die passive Seite mit Strafe bedroht. In den §§ 301 und 302 StGB ist das Ausbeuten von Minderjährigen, in den §§302 a ff StGB und § 49 a MSchG das Bewuchern eines anderen strafbar. Bei § 301 StGB ist Voraussetzung der Begehung des Delikts das Sichausstellenlassen oder Sichversprechenlassen und das Ausstellen und Versprechen, bei § 302

[149]) Vgl. Bergen S. 90; Frank, Vorbem. zum 3. Abschn. V, 1 S. 111. Der Ausdruck selbst stammt von Lobe in LK S. 53/54 und S. 169.
[150]) Oben S. 41 ff.
[151]) Blesse S. 38.

StGB die Leistung und die Annahme gewisser feierlicher Versprechen, bei den §§ 302 a, 302 b, 302 c StGB die Abgabe und die Annahme eines Versprechens oder die Gewährung und die Annahme von Vermögensvorteilen u. s. f. Gestraft wird aber immer nur die passive Seite des Verbrechens, die Annahme des Versprechens oder das Sichversprechenlassen. Die notwendige Beteiligung des Minderjährigen und des Bewucherten stellen an sich „Täterhandlungen" dar; wegen dieser Tätigkeiten können sie jedoch niemals als Täter bestraft werden, da ihre Mitwirkung als Täterschaft nicht mit Strafe bedroht ist. Allein ihre Strafbarkeit wegen Teilnahme ist fraglich [152]). Das Problem ist danach: kann z. B. der Bewucherte, der einen Dritten anstiftet, unter Ausbeutung seiner Notlage ihm ein Darlehen gegen übermäßig hohe Zinsen zu gewähren, wegen Vergehens gegen §§ 302 a, 48 StGB bestraft werden?

Die restlichen Austauschdelikte umfassen in erster Linie diejenigen Verbrechen, bei denen Leistung und Gegenleistung sich als Kauf und Verkauf gegenüberstehen. Die „aktive" Seite bildet auch hier wieder die Handlung des Gebenden, des Verkäufers; die „passive", als die des Annehmenden, die des Käufers. Zu beachten ist aber, daß „die im Gesetz erwähnten Fälle des ‚Ankaufens' und ‚Zum-Pfandenehmens' lediglich Unterfälle des ‚Ansichbringens' sind" [153]). Der Verkauf, die Veräußerung u. a. sind dagegen lediglich Unterfälle des „Weggebens" [154]).

Im Gegensatz zu den Verbrechen, deren Strafdrohung gleichzeitig beide Tätigkeiten der zum Zustandekommen des Delikts beteiligten Personen erfaßt — Mehrheitsverbrechen mit allseitiger Strafdrohung — ist bei einem Teil derartiger strafrechtlicher Tatbestände nur die aktive Tätigkeit mit Strafe bedroht, während bei einem anderen Teil lediglich die passive Tätigkeit „vertypt", die aktive Seite aber, die sich gleichfalls als Täterschaftshandlung darstellt, straffrei gelassen ist. Auch in diesen Fällen ist ohne Zweifel die „nichtvertypte" Beteiligung des notwendig Mitwirkenden als Täterschaft oder Mittäterschaft immer straflos. Zweifelhaft ist jedoch immer noch, ob z. B. die Beteiligung des Käufers, sofern sie an sich den technischen Vorschriften über die Teilnahme entspricht, straflos ist, wenn gesetzlich nur der Verkäufer mit Strafe bedroht ist.

Delikte, bei denen allein der Verkauf tatbestandsmäßig unter Strafe gestellt ist, stellen u. a. dar: § 184 Ziffer 1 StGB (u. a. der Verkauf von unzüchtigen Schriften), § 324 StGB (Verkauf vergifteter Stoffe), § 367 Ziffer 3 StGB (Verkauf von Gift), § 367 Ziffer 7 StGB (Verkauf von gefälschten und verdorbenen Eßwaren) und sehr zahlreiche Bestimmungen aus den strafrechtlichen Nebengesetzen [155]).

---

[152]) Daß in einer Anstiftung nicht eine die Rechtswidrigkeit ausschließende Einwilligung liegen kann, da diese zweifellos vorhandene Einwilligung das Delikt erst tatbestandsmäßig ermöglicht, bedarf keiner Erörterung. Vgl. dazu Blesse S. 38.

[153]) So Hippel, Lehrbuch S. 267 bezügl. § 259 und dort Anm. 4 unter Hinweis auf den Gesetzestext „oder sonst". Vgl. auch RG 57/74, 64/21.

[154]) Die Weggabe ist gleichbedeutend mit der „Verbreitung", § 184 Ziffer 1 StGB, und mit dem „Inverkehrbringen", § 324 StGB. Vgl. auch § 250 Ziffer 2 KO: „oder sonst weggeben".

[155]) Vgl. dazu Brandes S. 63 ff., Vogels S. 6.

Lediglich der Verkauf ist bedroht und die Tätigkeit des Verkäufers mit Schweigen übergangen z. B. im § 370 Ziffer 3 StGB, wo der Ankauf von Montierungs- oder Armaturstücken verboten ist, und im § 259 StGB (Ankauf von Sachen, die mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind).

Ähnliche Tatbestände finden sich bei den Austauschdelikten, bei denen sich z. B. als Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen: als aktive Tätigkeit: das Veräußern, §§ 288, 364 StGB, 153 GenGes.; das Verabfolgen, §§ 360 Ziffer 4 und 5, 369 Ziffer 1 StGB; das Überlassen, §§ 184 Ziffer 2, 184a StGB; das Ausstellen und Inverkehrbringen, § 145a, 324 StGB; das Verbreiten, § 360 Ziffer 6 StGB; das Ausgeben z. B. von Aktien, § 314 Ziffer 2 bis 5 HGB u. a. m., und als passive Tätigkeit: das Annehmen, das in diesen Fällen als die notwendige Ergänzungshandlung von einer Strafdrohung nicht mitberücksichtigt ist.

Als wichtiger Fall ist ferner — unter gewissen Voraussetzungen — in diese Gruppe die strafbare Handlung des Verschaffens von Abtreibungsmitteln, § 218 Absatz 4 Satz 2 StGB zu rechnen. Als notwendige Ergänzungshandlung des Verschaffens, das als eine typische Beihilfehandlung zum selbständigen Delikt erhoben ist [156]), ist die — allerdings nicht strafbare — Annahme der Abtreibungsmittel durch die Schwangere vorausgesetzt. Diese Beteiligung ist Tatbestandshandlung und folgeweise nur in einer Form der Täterschaft möglich. Sie stellt ein Mehrheitsverbrechen mit nur einseitiger Strafdrohung des „Gehilfen" dar und zwar ein solches mit grundsätzlich tätigem Mitwirken beider Teile. „Verschaffen setzt bei dem empfangenden Teil (hier der Schwangeren) ein Tätigwerden zu Erlangung voraus" [157]). Da bei dieser verselbständigten Beteiligungshandlung die Abtreibung kein notwendiges Wesensmerkmal ist — denn es ist nicht erforderlich, daß die Schwangere das Mittel oder Werkzeug verwendet [158]) und daher wegen einer eigenen Abtreibung straffällig wird — ist dieser Beteiligungstatbestand völlig von der Abtreibung des § 218 Absatz 4 Satz 2 StGB zu trennen.

Die übliche Fragestellung taucht jedoch nur dann auf, wenn es sich allein um die verselbständigte Handlung des § 218 Absatz 4 Satz 2 StGB handelt. Wenn sich nämlich die Schwangere selbst einer strafbaren Handlung gemäß § 218 Absatz 1 StGB, der sogen. Haupthandlung, schuldig gemacht hat, ihr ein anderer aber Abtreibungsmittel verschafft hat, dann handelt es sich bei ihrer weiteren Teilnahme an der Beteiligungshandlung um mehrfache Beteiligung an derselben Tat. Wenn sie sich aber einer dem Verschaffen nachfolgenden Abtreibung überhaupt nicht schuldig gemacht hat, liegt eine strafbare Haupthandlung nicht vor. Es ist in diesem Fall lediglich ein Delikt aus § 218 Absatz 4 Satz 2 StGB begangen, bei dem die Schwangere selbst wiederum nicht als Täterin mit Strafe bedroht ist. Daher gehört die Beteiligung an einer

---

[156]) Liszt 94 III, 2c S. 502. Vgl. auch Frank, 17. Aufl. § 218 IV, 2, und Lobe in LK S. 68 und 4. Aufl. § 218 Anm. 5 S. 681. „Verschaffen sie der Schwangeren nur Abtreibungsmittel, so ist ihre Tätigkeit unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe zu behandeln". Das gewerbsmäßige Verschaffen ist jedoch im Absatz 4 Satz 2 selbständig bedroht und stellt danach gleichfalls eine Beihilfe dar.

[157]) Frank, 18. Aufl. § 218 IV S. 470.

[158]) Liszt oben in Anm. 156 und Lobe noch in LK 4. Aufl. § 218 Anm. 9 S. 682.

Abtreibung nach § 218 Absatz 4 Satz 2 StGB systematisch — als ein Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung — in diese Gruppe.

Die Frage ist also in diesem Falle die dieser Gruppe eigene: Kann die als Täterin straflose notwendig beteiligte Schwangere bei ihrem tätigen Mitwirken an der Tat des allein strafbaren Täters, des „Gehilfen", wegen einer etwaigen Teilnahme gestraft werden? — Daß dieses Delikt ein sogen. Förderungsdelikt darstellt, ist nur zufällig und hat für diesen Fall nichts zu bedeuten. Insbesondere steht nach den obigen Erörterungen diese sogen. Ausnahme nicht mit den Förderungsdelikten in Zusammenhang.

Weiterhin ist hierher zu rechnen: die Veranstaltung öffentlicher Lotterien, § 286 StGB. Die notwendige Ergänzungshandlung der Gegenseite, das Spielen selbst, wird von einer ausdrücklichen Strafdrohung nicht betroffen, während im § 284 StGB bei dem öffentlichen Glücksspiel der Veranstalter und im § 284 a StGB die Spieler bedroht sind, also beide Seiten erfaßt werden [159]).

Dagegen wird die passive Tätigkeit einer von mehreren bei der Tatbestandsverwirklichung notwendig beteiligten Personen allein gestraft z. B. als „Sicheinlassen", das beiderseitige Erklärungen erfordert, in den §§ 84 und 87 StGB, während hier die Erklärung der auswärtigen Regierung nicht besonders bedroht ist.

Bei allen diesen Delikten ist die Frage so zu stellen: Kann der als Täter und als Mittäter straflose notwendig Beteiligte gegebenenfalls als Teilnehmer an der Straftat des allein strafbaren Täters gestraft werden?

3) Die Teilnahme des straflosen notwendig Beteiligten bei seiner untätigen Beteiligung an der Tat des allein strafbaren Täters.

Daß auch der zweiten Gruppe der sogen. Ausnahmen das allen Kategorien gemeinsame Problem zugrunde liegt, ist bereits nachgewiesen worden. Als Beispiele sind die Sittlichkeitsdelikte, insbesondere noch die Aussetzung und der Kinderraub zu erwähnen.

So ist z. B. in den §§ 174 Ziffer 1, 2 und 3 und 176 Ziffer 3 [160]) StGB zwar eine Beteiligung mehrerer Personen erforderlich. Jedoch brauchen sie in abstrakto nicht zusammenzuwirken. Nach § 174 StGB wird z. B. zur Erfüllung des Tatbestandes vorausgesetzt eine Person, die unzüchtige Handlungen vornimmt, und eine Person, mit der unzüchtige Handlungen vorgenommen werden. Diese kann mit der anderen zusammenwirken, bei Begehung des Delikts gemeinsam mit ihr handeln. Aber auch ein nur passives Verhalten ist möglich. Sie kann nur von der anderen Person gebraucht werden. Jedoch selbst im Falle ihres Zusammenwirkens mit der anderen Person, die die unzüchtige Handlung vornimmt, sind die Minderjährigen und Pflegebefohlenen niemals als

[159]) Anders dagegen — allerdings für das frühere — vor dem Reichsgesetz vom 23. Dezember 1919 geltende Recht — Brandes S. 64 und Vogels S. 8.

[160]) Diese Vorschrift ist allerdings heute für vorliegendes Problem insofern bedeutungslos, als nach § 2 des JGG Jugendliche unter 14 Jahren — in keinem Falle — strafbar sind.

strafbare Täter zu betrachten. Bei ihrer Mitwirkung in Form der Teilnahme taucht jedoch die Frage der Möglichkeit einer Bestrafung auf.

Weiterhin kann die jugendliche Person usw. gemäß § 221 StGB niemals als Täter in Strafe genommen werden, selbst wenn sie zu ihrer Aussetzung tätig mitwirkt, was allerdings wohl nur in den seltensten Fällen vorkommen wird. Denkbar aber ist, daß sie hinsichtlich ihrer eigenen Aussetzung als Gehilfe oder Anstifter tätig wird. Ihre Bestrafung wegen der etwa geleisteten Teilnahme ist jedoch in Frage gestellt. Ebenso ist in den §§ 235 und 237 StGB zweifelhaft, ob die als Täter straflosen minderjährigen Personen als Teilnehmer zur Verantwortung gezogen werden können.

4) Die Teilnahme des bei Selbstbegehung Straflosen an einem Verbrechen, bei dem er Beziehungsobjekt ist.

Weiterhin sind zu den sogen. Ausnahmen diejenigen zu zählen, deren Selbstbegehung für eine Person aus irgendeinem Grunde nicht mit Strafe bedroht ist. Begeht aber ein anderer die Handlung in Beziehung auf den als Täter Straflosen, der als sogen. Beziehungsobjekt anzusehen ist, dann fällt seine Tat unter einen besonderen gesetzlichen Tatbestand. Daß die wegen Begehung des Delikts in Bezug auf sich selbst straflose Person an sich tatbestandsmäßig als Täter angesehen, aber nur deshalb nicht gestraft werden kann, weil ihre Handlung nicht für strafwürdig gehalten wird, ist bereits dargetan. Ihre Teilnahme an dem von einem anderen verwirklichten Verbrechenstatbestand ist aber in Frage gestellt.

Dieses Problem erhebt sich z. B. bei der unterlassenen Verbrechensanzeige des § 139 StGB. Dieses Delikt ist kein Mehrheitsverbrechen mit mehreren notwendig tätigen Beteiligten. Voraussetzung ist zwar das Vorhandensein des Verbrechens eines anderen; das bedeutet aber nicht anderes, als daß der „Andere" Beziehungsobjekt ist, insofern nämlich als die Nichtanzeige sich auf sein Delikt bezieht. Da aber jemand, der an der „Vortat", an dem im § 139 StGB bezeichneten Verbrechen, beteiligt ist, nicht wegen Nichtanzeige straffällig werden kann, ist die Nichtanzeige in Bezug auf sich selbst, also die Selbstbegehung, straflos. Die Begründung für die Straflosigkeit dieser Selbstbegehung aus dem Grundsatz, daß die Anzeige gebietende Norm der die Tat verbietenden subsidiär ist [161]), erklärt nur diese, nicht aber die Straflosigkeit des bei Selbstbegehung Straflosen wegen seiner Teilnahme an der durch einen anderen begangenen Tat des § 139 StGB. Die Bestrafung dieser Teilnahme ist vielmehr fraglich. Demnach taucht auch hier das Problem der Ausnahmen auf.

Daß die Fragestellung auch für die Gefangenenbefreiung (§ 120 StGB erster Mischtatbestand) die gleiche ist, wurde bereits nachgewiesen.

Als weitere Delikte fallen in diese Gruppe: die falsche Anschuldigung, § 164, die Veränderung und Unterdrückung des Pesonenstandes, § 169 StGB, die Tötung auf Verlangen, § 216 StGB und endlich die Begünstigung, § 257 StGB. Die falsche Selbstbeschuldigung, die Ver-

---

[161]) Vgl. Frank § 139 VI, 2 S. 325 und dort weitere Nachweise.

änderung und Unterdrückung des eigenen Personenstandes, die Selbsttötung und die Selbsbegünstigung sind im geltenden Strafrecht nicht vertypt und damit mangels eines Tatbestandes straflos, obwohl begrifflich das Verbrechen auch bei Selbstbegehung durch einen Straftatbestand erfaßt werden könnte. Die Strafdrohung bezieht sich jedoch nur auf die Verbrechensverwirklichung durch eine andere Person in Bezug auf den Straflosen, der aus besonderen Gründen bei Aufstellung der gesetzlichen Tatbestände nicht für strafwürdig erachtet worden ist. Nimmt dieser an einer gemäß §§ 164, 169, 216, 257 StGB begangenen Straftat teil, dann erhebt sich auch hier die eigentümliche Frage, ob diese Teilnahme gestraft werden kann.

5) Die Teilnahme des straflosen Haupttäters an einer unter besondere Strafe gestellten Beteiligungshandlung.

a) Allgemeines: die sogenannten Förderungsdelikte.

In der letzten Gruppe endlich ist die Teilnahme des sogen. Haupttäters an einer unter besondere Strafe gestellten Beteiligungshandlung in Frage gestellt. Es stehen sich hier zwei Tatbestände gegenüber, die gewöhnlich in die Beziehung von Hauptdelikt zu Beteiligungsverbrechen gesetzt werden. Diese Beteiligungsverbrechen sind anfänglich — von v. Kries[162]) und von Vogels[163]) — „Teilnahmehandlungen" genannt worden. Da sie aber auch die verselbständigten Anstiftungshandlungen mitumfassen würden, hat sie Vogels — nach seiner Ansicht richtiger — als Beihilfehandlungen abgesondert. Denn wenn das Gesetz eine Anstiftungshandlung unter besondere Strafe gestellt hat, so ist eine Teilnahme des Haupttäters an der Handlung, die ihn anstiftet, schon begrifflich undenkbar[164]). So ist z. B. nach § 141 StGB derjenige strafbar, der einen deutschen Soldaten vorsätzlich zur Fahnenflucht verleitet. Dieser Tatbestand bildet eine unter selbständige Strafandrohung gestellte Anstiftungshandlung zur Fahnenflucht (§§ 69 ff. MStGB). Zu dieser als delictum sui generis verselbständigten Anstiftung ist aber eine Anstiftung oder Beihilfe des anzustiftenden Soldaten begrifflich unmöglich. Demnach kann hier das Problem — Teilnahme des Haupttäters an der „Teilnahmehandlung", dem delictum sui generis der Anstiftung — nicht entstehen. Derartige zum selbstständigen Verbrechen erhobene Anstiftungshandlungen lassen sich im Gesetz mehrfach feststellen, insbesondere sind es die Verbrechen, die ein Auffordern, Verleiten und Anreizen zum Gegenstand haben[165]).

Dagegen finden sich Straftatbestände, die verselbständigte, unter besondere Strafandrohung gestellte Beihilfe darstellen, im Gesetz immer dann, wenn im Tatbestand von einem Hilfe-, Beistand- oder Vorschubleisten die Rede ist[166]). Sogar auch in den Fällen, in denen es an

[162]) v. Kries S. 534 ff.
[163]) Vogels S. 8, S. 48 u. ö. Vgl. auch Blesse S. 54.
[164]) Vogels S. 8 Anm. 8.
[165]) Beispiele bei Hippel, Lehrbuch S. 169 Anm. 7, Lobe in LK § 1 Anm. 8 S. 203, § 49 Anm. 3 d S. 351 und dort Anm. 14 b S. 357. Schwarze S. 135.
[166]) Liszt § 51 II, 1 Anm. 8.

einer strafbaren Haupttat fehlt, tritt die Beihilfe als eigenes Verbrechen auf [167]).

Jedoch hört eine Handlung auf, „Teilnahme" zu sein, wenn sich für sie ein besonderer gesetzlicher Tatbestand findet. Sie stellt dann zwar der Sache, aber nicht der Form nach eine Teilnahme dar; sie bildet ein sogen. delictum sui generis [168]). Denn wo die Teilnahmehandlungen zum selbständigen Delikt erhoben worden sind, haben sie ihre Abhängigkeit von der „Haupttat" verloren [169]). Daher wird zweckmäßig, um irgendwelche Bedenken auszuräumen, nicht allein die Bezeichnung „Teilnahmehandlung", sondern auch der mitunter verwandte Ausdruck „Beihilfehandlung" abzulehnen und der farblosere der „Beteiligungshandlung" [170]) für die vorliegenden Delikte vorzuziehen sein.

Da jedoch diese verselbständigten „Beihilfehandlungen", wie es im Wesen der Beihilfe überhaupt liegt, strafbare Handlungen darstellen, durch die eine Tätigkeit einer anderen Person (des sogen. Haupttäters) gefördert wird [171]), werden sie noch besser als „Förderungsdelikte" bezeichnet; denn das Fördern geht auf eine Beteiligung an fremdem Tun, mag es der Form nach auch durch gesetzliche Tatbestände zur selbständigen Täterschaftshandlung erhoben und nicht als technische Teilnahme aufzufassen sein [172]). Es liegt demnach zwar sachlich, jedoch nicht förmlich ein Verhältnis von Haupttätigkeit zu bloßer Beteiligung vor. Ob aber hieraus gewisse Folgerungen für die Frage nach den sogen. Ausnahmen zu ziehen sind, wie es im Schrifttum oft geschehen ist, wird noch zu prüfen sein.

Förderungsdelikte finden sich im Strafgesetzbuch in den verschiedensten Bestimmungen enthalten, allerdings auch in der verschiedenartigsten Form; denn es kann hierbei die Beteiligungshandlung zu einer strafbaren Haupthandlung und zu einer solchen, bei der für den Haupttäter keine besondere Strafdrohung aufgestellt ist, geleistet werden.

Im ersten Fall jedoch kann die hier zu erörternde Fragestellung sich nicht erheben. Denn Teilnahme an einer Teilnahme ist — nach der herrschenden Meinung [173]) mittelbare Teilnahme an der Haupttat. Nimmt also der strafbare Haupttäter an einer Beteiligungshandlung teil, dann ist er neben seiner Eigenschaft als Täter noch mittelbarer Teilnehmer an seiner Haupttat. Wegen dieser mittelbaren Teilnahme wird er aber nach dem Grundsatz der mehrfachen Beteiligung an derselben Tat nicht besonders gestraft. Er unterliegt lediglich der Strafe als Täter.

Bei den Beteiligungshandlungen zu strafloser Haupthandlung ist dagegen die Bestrafung des als Haupttäter Straflosen wegen einer an dem Beteiligungstatbestand geleisteten Teilnahme fraglich. Hier kann der Grundsatz von der einmaligen Bestrafung mehrfacher Beteiligung an derselben Tat nicht — zumindest nicht unmittelbar — Anwendung finden, da gerade die Haupttat straflos ist.

[167]) Frank § 49 I, 2 S. 122.

[168]) M. E. Mayer, Strafrecht S. 388 und dort Anm. 7; u. v. a. auch Gerland S. 498.

[169]) Lobe in LK S. 165 d.

[170]) Bergen S. 45.

[171]) Lobe in LK § 49 Anm. 3 d S. 351.

[172]) Blesse S. 15.

[173]) Vgl. u. v. a. Liszt § 52 III, I S. 331; Binding, Abh. S. 371, Grundriß S. 163, 173.

b) Einzelne Fälle.

Da die Förderungsdelikte zu einer strafbaren Haupthandlung nicht hierher zu rechnen sind, weil bei ihnen die eigentümliche Frage nicht aufgeworfen werden kann, gehören in diese Kategorie der sogen. Ausnahmeverbrechen nur die Förderungsdelikte zu einer straflosen Haupthandlung.

Als ein Beispiel für diese Gruppe ist die Beihilfe zur Gefangenenbefreiung (§ 120 StGB, zweiter Mischtatbestand) bereits angeführt worden. Weitere Fälle dieser Art stellen z. B. dar: §§ 121, 347 StGB und das Begehen-, Vornehmen-, Anwenden-Lassen u. a. in den §§ 340, 341, 343, 345 StGB. Für das „Lassen" genügt hier nicht das bloße Unterlassen der Abhaltung Dritter, sondern es wird in diesen Verbrechenstatbeständen eine Beteiligungshandlung des Beamten als selbständige Straftat unter erhöhte Strafe gestellt [174]).

Weiterhin ist Kuppelei hierher zu zählen. Im § 180 StGB ist das Vorschubleisten zur Unzucht mit Strafe bedroht, also eine Beteiligungshandlung zur verselbständigten Straftat erhoben, die Haupttat — die Unzucht — selbst aber nicht generell strafbedroht. — Ähnlich auch § 181 a StGB: „wer Schutz gewährt oder sonst förderlich ist". — „Wenn die Kuppelei auch formell, d. h. im technischen Sinne, keine Beihilfe zur Unzucht im Sinne des § 49 StGB ist, schon weil es zur Vollendung der Kuppelei nicht gehört, daß die Unzucht, zu der Vorschub geleistet worden ist, wirklich betätigt wurde, so erweist sich die Kuppelei doch materiell, ihrem Wesen nach, als eine Unterstützung fremder Unzucht. Sie ist ein delictum sui generis" [175]). Die Frage ist demnach: kann eine die Unzucht verübende Person sich einer Teilnahme an dem verselbständigten Delikt des § 180 StGB schuldig machen?

Als letztes Beispiel dieser Gruppe sei endlich noch die Begünstigung, § 257 StGB, erwähnt. Haupthandlung ist hier die — straflose — Selbstbegünstigung, während die Beteiligungshandlung in dem Beistandleisten zu sehen ist. Stiftet also z. B. der straflose Selbsbegünstiger einen anderen dazu an, ihm zu seiner Selbstbegünstigung Beistand zu leisten, dann erhebt sich auch hier wieder die allgemeine Frage nach seiner Bestrafung wegen dieser Teilnahme.

---

[174]) Vgl. Hippel, Lehrbuch S. 322 Anm. 4; LK § 340 Anm. 3.
[175]) So Bohne S. 471.

Abschnitt II.

Die Begründung der Ausnahmen in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung.

Einleitung.

Nach diesem Überblick über die verschiedenen Einteilungsversuche im Schrifttum und über das den sogen. Ausnahmen zugrundeliegende Problem bleiben jetzt noch die damit verbundenen im Schrifttum aufgestellten verschiedenen Begründungen zu prüfen. Einen Überblick darüber zu geben, wie sich die Begründungen zu den Gruppierungen der Einzelfälle verhalten, hieße sämtliche Kombinationen, die nur möglich sind, festzustellen; denn die Abgrenzungen der einzelnen Kategorien sind recht flüssig. Man vergleiche nur den Streit um die Fälle der sogen. Schutzgesetze und die verschiedenen Auffassungen über die Delikte mit notwendiger Teilnahme. Überdies sind für die einzelnen Gruppen und für die hierhin gerechneten Fälle die rechtlichen Begründungen untereinander sehr verändert worden.

Außerdem nehmen einzelne Schriftsteller für sämtliche Fälle eine einheitliche Begründung der Straflosigkeit des Teilnehmers an[1]). Auf diese Weise werden die verschiedenen Einzelfälle zusammengefaßt und rechtlich gleichartig behandelt, wenn auch die Aufstellung bestimmter Kategorien nicht immer entbehrt wird[2]).

Da demnach eine allgemein gültige Eingruppierung der Einzelfälle nicht vorgenommen und die Zusammengehörigkeit der Begründungen für sie nicht immer deutlich nachgewiesen werden kann, empfiehlt es sich, die Prüfung der aufgestellten Begründungen nach einem allgemeinen Gesichtspunkt vorzunehmen. Das Nächstliegende ist dabei, die Meinungen, die Strafbarkeit der Teilnahme annehmen, von den Auffassungen zu trennen, die für Straflosigkeit der Teilnahme eintreten. Für die einzelnen Begründungen innerhalb dieser beiden gegensätzlichen Anschauungen werden sich dann bestimmte Obersätze feststellen lassen.

---

[1]) Vgl. Freudenthal S. 109 ff.; Brandes S. 42 ff.; Vogels S. 71 ff.; Hoberg S. 86 ff.; Bergen S. 89 ff. und das dort S. 83 Anm. 139 angeführte Schrifttum.

[2]) Vgl. z. B. Brandes und Vogels a. a. O.

Die Begründung der Strafbarkeit der Teilnahme:

1) des Geschützten im Falle der sogen. Schutzgesetze.

Um bei einer Einteilung der Vertreter, die die Teilnahme im Falle der sogen. Ausnahmedelikte im Gegensatz zur „herrschenden Meinung" für strafbar halten, nicht zu sehr ins Einzelne gehen zu müssen, soll für diese Gruppierung die von Kries'sche zugrundegelegt werden. Denn seine Katalogisierung ist im Schrifttum am häufigsten übernommen und die verschiedenen Einzelfälle an Hand seiner Einteilung untersucht worden.

Während die Auffassung, die in bestimmten — im einzelnen wohl wieder umstrittenen — Fällen die Grundsätze der Teilnahme für alle drei bei von Kries aufgestellten Kategorien nicht ausnahmslos gelten lassen will, zahlreiche Vertreter gefunden hat, lehnen als einzige Coenders[3]) und wohl auch Beling[4]) sämtliche Einzelfälle der sogen. Ausnahmen grundsätzlich ab. Bemerkenswert ist hierbei, daß selbst bezüglich des ersten von Kries'schen Grundsatzes, der in der Wissenschaft allgemein und von der Rechtsprechung allein anerkannt worden ist, der entgegengesetzte Standpunkt vertreten wird.

Coenders erkennt die drei Kategorien für die Straflosigkeit der Teilnahme nicht an, nicht nur wegen der Natur der Teilnahme, sondern auch weil die angeführten Gründe zum größten Teil nicht stichhaltig seien[5]). So schütze — nach Coenders — die gegen Entführung gerichtete Strafdrohung durchaus nicht nur die Belange der Inhaber der Schutzgewalt. Auch im Falle der Schutzgesetze begehe der Geschützte, der durch Weckung von Motiven ein Verbrechen anderer erzeugt, selbst ein Verbrechen. Zu berücksichtigen ist aber, daß den Ausgangspunkt die Teilnahmeform der Anstiftung bildet, die als geistige Urheberschaft anzusehen ist[6]). Der Anstifter erzeuge bewußt Handlungen, die das Gesetz mit allem Nachdruck zurückweise, er bewirke ein Verbrechen mit verbrecherischem Sinne.

Die Ausführungen bei Coenders berühren zwar keineswegs die Beteiligung in Form der Beihilfe. Jedoch ist anzunehmen, daß er die Beihilfe des Geschützten im Falle der Schutzgesetze aus der Natur heraus — als Förderung fremder Tat — gestraft wissen will. Durch diese Begründung berührt er sich eng mit der Auffassung des Reichsgerichts für die beiden anderen Gruppen.

2) Die Begründung der Strafbarkeit der Teilnahme des Haupttäters an einer Beteiligungshandlung.

a) In der Rechtsprechung.

Dem zweiten von Kries'schen Grundsatz hat insbesondere das Reichsgericht und — neben Coenders — ein nur kleiner Teil des strafrechtlichen Schrifttums die Anerkennung versagt. Die Teilnahme des Haupttäters an einer Beteiligungshandlung hält das Reichsgericht

[3]) Coenders S. 213 ff.
[4]) Beling, LvV S. 436 ff.
[5]) S. 217 Anm. 1, besonders gegen v. Liszt.
[6]) S. 215.

— in langjähriger, für die Einzelfälle gleichbleibender Rechtsprechung — für strafbar. Es handelt sich hierbei um diejenigen Fälle, bei denen die Teilnahme der Person in Frage steht, für die Selbstbegehung des Delikts straflos ist, da es für sie aus irgendeinem Grunde an einen Straftatbestand fehlt, ein anderer aber das Verbrechen als Täter oder als besonders mit Strafe bedrohter Teilnehmer begehen kann, u. a. die §§ 120, 164, 257/8 und 180/1 StGB.

Für die falsche Anschuldigung hat das Reichsgericht die Strafbarkeit der Teilnahme nur in einer einzigen neueren Entscheidung [7]) ausgesprochen. Danach ist die falsche Selbstanschuldigung zwar straflos, weil § 164 StGB eine Anzeige erfordere, durch die eine andere, vom Anzeigenden verschiedene bestimmte Person beschuldigt wird. Es sei aber daraus nicht zu folgern, daß auch der Anstifter straflos bleiben müsse, wenn er den Täter bestimmt habe, ihn selbst fälschlich zu beschuldigen. Denn nach § 48 StGB sei für den Anstifter die Tat, zu welcher angestiftet worden ist, eine fremde Tat. Es genüge, daß die Tatbestandsmerkmale der strafbaren Handlung auf Seiten des Haupttäters gegeben seien; nicht erforderlich sei, daß die Handlung auch, wenn vom Anstifter selbst ausgeführt, in gleicher Weise strafbar sein würde.

Die Begründung des ersten Grundsatzes wird für § 164 StGB aus dem Grunde ausdrücklich abgelehnt, weil diese Strafbestimmung nur in zweiter Linie ein Schutzgesetz darstelle. In erster Linie sei das Vergehen der falschen Anschuldigung als ein solches gegen die Strafrechtspflege aufzufassen. Die Verletzung des privaten Interesses müsse aber, wie das Reichsgericht erklärt, hinter der des öffentlichen zurücktreten.

Auch bei der Gefangenenbefreiung kann sich nach Ansicht des obersten deutschen Gerichtshofes der Gefangene einer Teilnahme an seiner eigenen Befreiung schuldig machen. Gerade für diesen Fall ist die Begründung und das Ergebnis seit langen Jahren in stetiger Rechtsprechung festgelegt. Schon in dem ersten — im Schrifttum viel erörterten — Erkenntnis [8]) wird die Strafbarkeit des Gefangenen mit dem gleichen Gedanken wie für die falsche Anschuldigung begründet. Für die von der bloßen Selbstbefreiung verschiedene, selbständig strafbare Anstiftung des Gefangenen, die Ursache einer selbständigen Straftat einer anderen Person (nach § 120 StGB) wird, kann nach der reichsgerichtlichen Begründung kein Strafausschließungsgrund geltend gemacht werden. Eigene Selbstbefreiung sei zwar aus humanen Beweggründen straflos. Die Berücksichtigung des menschlichen Freiheitsdranges dürfe jedoch nicht dazu führen, der Strafbarkeit auch jene Handlungen des Gefangenen zu entziehen, durch welche er Ursache der verbrecherischen Tätigkeit eines anderen geworden sei. Da eine Ausdehnung der Straflosigkeit auch auf solche Handlungen im Gesetz keinen Ausdruck gefunden habe, seien die allgemeinen Grundsätze anzuwenden.

Diesen Grundgedanken hat das Reichsgericht in den folgenden Entscheidungen [9]) beibehalten und erst neuerdings noch — gerade unter Hinweis auf die erste Entscheidung für diesen Fall — ausdrücklich bestätigt [10]). Der Anstifter, der infolge seiner Anstiftungstätigkeit an der

[7]) RGE 59/35 (III. 15. 1. 25).
[8]) RGE 3/140 (= RGR 2/580) vom 29. 11. 1880.
[9]) Vgl. RGR 4/812, 5/421, RGE 16/174, 23/70.
[10]) RGE 61/32 (II. 22. 11. 1926) und RGE 60/347 (II. 29. 6. 1926).

Gefangenenbefreiung nicht lediglich „passiv" beteiligt sei, überschreite mit der Ausübung dieser Tätigkeit die Rolle des notwendigen Teilnehmers, der lediglich die eigene Befreiung bezwecke. Da er mittels der Anstiftung eine von der bloßen Selbstbefreiung verschiedene selbständige Straftat begehe und deren Ursache werde, sei er wegen dieser Tätigkeit als Anstifter zu bestrafen.

Die gleiche Begründung hat für die — persönliche und sachliche — Begünstigung Verwendung gefunden. Schon in der ersten Entscheidung [11]) ist dieser Grundsatz für die §§ 257/258 StGB zum Ausdruck gekommen und auch in den darauffolgenden aufrecht erhalten worden [12]).

Daß die Selbstbegünstigung als solche straflos ist, hat das Reichsgericht erst in allerjüngster Zeit [13]) noch ausgesprochen und damit die früheren Entscheidungen [14]) bestätigt. Es liegt danach keine strafbare Begünstigung vor, wenn der Begünstigte sich selbst begünstigen will, selbst dann nicht, wenn er handelt, um einen Teilnehmer der Vortat, an der er selbst strafbar beteiligt ist, und um zugleich sich selbst der Bestrafung zu entziehen. Es können auch an sich strafbare Mittel als berechtigt und darum straflos erscheinen. Voraussetzung aber ist, wie das Reichsgericht in seiner neuesten Entscheidung [15]) erklärt, daß sie sich auf die bloße Selbstbegünstigung beschränken, während die Strafbarkeit aber wieder eintritt, sobald die Grenze des zur Erreichung dieses Zweckes überschritten wird. Der Täter des Vordelikts, der sich selbst begünstigt, darf also nicht zur Begünstigung anstiften oder Beihilfe leisten, da die Begünstigung ein selbständiges Delikt ist und die allgemeinen Teilnahmebestimmungen zur Anwendung kommen.

Ferner kann sich im Falle der Kuppelei der Verkuppelte aus den gleichen Gründen als Teilnehmer strafbar machen, wenn er dem Kuppler zu dessen Tat Hilfe leistet oder ihn anstiftet [16]). Denn in diesem Falle bewirke oder fördere er dessen strafbare Tätigkeit, die ein selbständiges Delikt bilde. „Es ist kein vom Rechte anerkannter Satz, daß man das, was man als Alleinhandelnder straflos ausführen dürfe, auch in Gemeinschaft mit anderen selbst dann straflos ausführe, wenn sich die Gesamtwirksamkeit der handelnden Personen in Verbindung mit der eigenen zu einer strafbaren Tat gestalte. Denn man hat dann zur Herbeiführung dieser strafbaren Tat mitgewirkt und durch diese Mitwirkung wird die Haftbarkeit für dieselbe begründet" [17]).

Auch dieses Ergebnis ist neuerdings wieder bestätigt worden [18]).

---

[11]) RGE 4/60 (I. 7. 4. 1881).

[12]) RGR 5/421, RGE 8/366, 21/375, 50/365, JW 1924/1597.

[13]) RGE 63/242 (II. 1. 7. 1929).

[14]) RGE 60/102 (I. Senat vom 19. 2. 1926) und RGE 57/417 (II. Senat vom 15. 11. 1923).

[15]) RGE 65/334 (I. 30. 10. 31); vgl. auch RGE 63/374 III. 23. 12. 29) und sehr eingehend RGE 63/235 (III. 27. 6. 29); über die angebliche — Romeiss S. 386 — Ausnahme dieses Standpunktes in RGE 57/417 (II. 15. 11. 23) vgl. RGE 60/347 (II. 29. 9. 26).

[16]) RGE 4/252, 23/69, 25/369, GA 47/291, LZ 1914/ 1364, 1916/954, 1924/128.

[17]) RGE 23/69.

[18]) Vgl. RGE 66/379 (II. 17. 10. 1932).

b) Die Begründung der Strafbarkeit der Teilnahme des Haupttäters an einer Beteiligungshandlung in der Wissenschaft.

Dieser Auffassung des Reichsgerichts hat sich ein — kleiner — Teil des Schrifttums angeschlossen. Beling hat als erster die erste Entscheidung des obersten deutschen Gerichts bezüglich § 120 StGB gebilligt[19]). Die Teilnahme sei gerade in ihrer Eigenschaft als Mitwirkung zu fremdem Tun und ausschließlich in dieser Eigenschaft strafbar. Der Teilnehmer helfe „die fremde Rechtswidrigkeit bauen". Die Strafbarkeit der Anstiftung ergebe sich aus der Norm: „Du sollst andere nicht in Schuld und Strafe führen." Diese Begründung hat er allerdings später[20]) wieder fallen gelassen. Jedoch stimmt er auch jetzt noch im Ergebnis mit der reichsgerichtlichen Ansicht überein, leitet die Strafbarkeit aber für die Delikte mit notwendiger Teilnahme aus der Verschiedenheit des Täter- und Teilnahmetatbestandes her. Eine Teilnahme der notwendig beteiligten Person sei stets möglich, aber nur dann allein nicht strafbar, wenn sie als abstrakt notwendige Mitwirkung nicht ausdrücklich mit Strafe belegt sei[21]).

In der übrigen Wissenschaft wird die Strafbarkeit der Teilnahme in der gleichen Weise wie beim Reichsgericht begründet[22]). In manchen Fällen nehme das Gesetz einer Teilnahmehandlung ihre unselbständige Natur und erhebe sie zu einem besonderen Delikt. An diesem sei, wie an jedem anderen selbständigen Verbrechenstatbestand, eine Teilnahme möglich. Auch eine etwaige Straflosigkeit der Haupttat könne an diesem Zustand nichts ändern. Es bedeute einen wesentlichen Unterschied, ob eine Person eine nicht unter Strafe gestellte Handlung begehe, oder sich zu der Begehung eines anderen bediene. Allerdings sei die Verwirklichung des Haupttatbestandes nicht strafbar. Zu strafen sei vielmehr die Verursachung des Erfolges, der durch die verselbständigte Beihilfehandlung verboten sei. Die Teilnahmevorschriften könnten nur solange als ausgeschlossen betrachtet werden, als sich der straflose notwendig Beteiligte in den Grenzen der notwendigen Teilnahme halte. Gehe er aber über die unbedingt notwendige Mitwirkung hinaus, dann werde er wegen Teilnahme straffällig[23]).

Einzelerörterungen sind hier ohne Belang. Allerdings schwankt

---

[19]) Beling, Z. 18/271.

[20]) Beling, LvV S. 439 Anm. 1.

[21]) Beling, LvV S. 438. Jedoch erkennt er neuerdings in Grundzüge S. 62 gewisse „Ausnahmen" aus dem Willen des Gesetzgebers heraus an.

[22]) Vgl. insbesondere Kern S. 158: „Man kann nicht sagen, daß die Rechtsprechung bei der Behandlung der notw. Teilnahme zu unerträglichen Ergebnissen gelangt sei". Daher lehnt er — Gegensatz zu Goldschmidt JW 51/253 — die Aufnahme einer Bestimmung in das neue StBG ab.

[23]) *Zu § 120:* Olshausen Anm. 7; 121, 4; 347, 8; Oppenhoff 120, 10; 121, 8; 347, 8; LK 120, 6; 121, 5; 347, 10 und die Nachweise bei Bergen S. 78 Anm. 118; Vogels S. 53 Anm. 3; Meves, GA 37/172.

Zu § 257: Olshausen Anm. 7 mit weiteren Nachweisen; Oppenhoff Anm. 1/2; Waldthausen S. 393; Geyer, Z. 2/318; LK 257, 9 und insbesondere Hegler JW 1924/1598 zu 1 a) und Seite 1601 zu 3).

Zu § 180: LK Anm. 11.

das Schrifttum oft in der Zurechnung der Fälle zu dieser Gruppe. So rechnet z. B. Ebermayer[24]) den § 180 StGB zu den Schutzgesetzen, während Olshausen[25]) den Gedanken der mehrfachen Beteiligung einer Person an derselben Tat verwendet und bei Schwarz[26]) der Fassung des Gesetzes besondere Bedeutung beigemessen wird. Jedoch tritt nach diesen Auffassungen — im Gegensatz zum Reichsgericht — für diesen Fall Straflosigkeit der Teilnahme ein.

Aus dem neueren Schrifttum sei bezüglich dieser Gruppe noch eine einzelne Meinung erwähnt. Auch Blesse billigt das Ergebnis der reichsgerichtlichen Rechtsprechung für sämtliche Fälle der vorliegenden Art[27]). Die Rechtsprechung sei grundsätzlich nicht zu beanstanden, weil sie der Lage des einzelnen Falles Rechnung trage, streng zwischen dem nach den geltenden Recht verschiedenen Bestimmungen der Täterschaft und Teilnahme unterscheide und nicht mit verallgemeinernden Schlüssen arbeite. Sie sei in keiner Weise formalistischer Natur, da sie eben den Zwecken des Gesetzes gerecht werde. Allerdings leide die Rechtsprechung an einer gewissen Überzeugungsschwäche ihrer Gründe. Denn sie berücksichtige niemals, daß hier die Frage zur Behandlung stehe, ob dem Teilnehmer Strafausschließungsgründe i. w. S., insbesondere aber persönliche Strafausschließungsgründe zur Seite stehen. Eine Straflosigkeit des Teilnehmers in diesen Fällen könne jedoch mit dieser Begründung nicht gerechtfertigt werden, da überwiegende strafwürdige Gesichtspunkte vorhanden seien. Es entscheide hier, wie auch in den übrigen Fällen, der Grundsatz „der Prävalenz des überwiegenden Interesses"[28]).

3) Die Begründung der Strafbarkeit der Teilnahme des aus dem Wesen, dem Zweck und dem Zusammenhang der Gesetze straflosen Täters.

a) In der Rechtsprechung.

Die dritte bei von Kries aufgestellte Kategorie umfaßt diejenigen Ausnahmen von der Strafbarkeit der Teilnahme, die sich aus dem Wesen, dem Zweck und dem Zusammenhang der Gesetze ergeben sollen. Die zu dieser Gruppe gerechneten Tatbestände sind Fälle der sogen. notwendigen Teilnahme, wie sie allgemein aufgefaßt wird. Die Beteiligten stehen sich mit korrespondierenden Tätigkeiten gegenüber, das Gesetz erwähnt jedoch in seinem Tatbestand nur einen der Beteiligten als strafbaren Täter. In diesen Fällen, z. B. §§ 241, 243 KO und 331 StGB, taucht die Frage auf, ob z. B. der Schuldner als Stimmenkäufer wegen Teilnahme, etwa Anstiftung des Gläubigers, bestraft werden kann.

---

[24]) Ebermayer in LK S. 13 und u. a. auch Binding, Handbuch. S. 210.

[25]) Olshausen § 180 Anm. 14b).

[26]) Schwartz § 180 Anm. 9.

[27]) Vgl. u. a. zu § 120: Blesse S. 47/8, zu § 180: S. 45, zu § 257: S. 50/51. Vgl. auch noch Mezger S. 454 f. unter Bezugnahme auf das RG und Bauer bei Hoberg S. 88.

[28]) Blesse S. 50 ff., insbesondere S. 19 ff.

Hier vertritt das Reichsgericht wiederum den entgegengesetzten Standpunkt, wie er allgemein im Schrifttum vorherrscht.

Bezüglich der Gläubigerbeherrschung des § 241 KO ist der oberste deutsche Gerichtshof in steter Rechtsprechung der Auffassung, daß der Gläubiger zwar nicht schon für die im Rahmen der notwendigen Teilnahme entfalteten Tätigkeit, für die Annahme der Begünstigung, gestraft werden soll, wohl aber für eine darüberhinausgehende Mitwirkung. Unbestritten ist, daß der Gläubiger, der von dem in Konkurs geratenen Schuldner eine Befriedigung annimmt, straflos ist, da der Gläubiger dann in der Rolle des sogen. notwendigen Teilnehmers verbleibt, ohne den der Schuldner das Vergehen gegen § 241 KO (§ 211 KO a. F.) überhaupt nicht begehen kann. „Dagegen liegt kein Grund vor, von der Regel der Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze des Strafgesetzbuches über Teilnahme auch dann eine Ausnahme für gegeben anzusehen, wenn der Gläubiger über jene gewissermaßen passive Rolle hinausgegangen ist und seine weitere Tätigkeit z. B. durch Anstiftung des Schuldners zu dem Vorgehen aus § 210 KO, entwickelt hat" [29]).

Dieser Standpunkt, wie er auch schon in der ersten Entscheidung[30]) deutlich zum Ausdruck gekommen und seither [31]) festgehalten worden ist, wird in der neuesten Entscheidung [32]) noch einmal in den wesentlichen Grundzügen bestätigt. Demnach hat das Reichsgericht auch in dieser Gruppe in ständiger Rechtsprechung den Grundsatz aufrechterhalten, daß die Straflosigkeit nicht weiter reiche als die Notwendigkeit der im Tatbestand geforderten Mitwirkung, daß also nur eine Beteiligung in Form der Täterschaft oder Mittäterschaft straffrei zu bleiben habe, nicht dagegen die Teilnahme.

Im Sinne dieser Auffassung hat das Reichsgericht auch in den Erkenntnissen zu § 243 KO erklärt [33]), daß der Gemeinschuldner straflos bleibe, wenn er sich in den Grenzen der Beteiligung gehalten habe, ohne welche die Verwirklichung des Straftatbestandes gar nicht gedacht werden könne, daß er aber strafbar werde, sobald er jene Grenzen überschreite.

Einer Erörterung der reichsgerichtlichen Auffassung für § 331 StGB bedarf es nicht mehr, da auch hier die Begründung der Strafbarkeit die gleiche ist. Der Beteiligte, der dem Beamten Vorteile für die Vornahme einer nichtpflichtwidrigen Handlung anbietet, gewährt oder verspricht, kann aus § 331 StGB nicht gestraft werden, da diese Vorschrift seine Mitwirkung in einer ihn besonders treffenden Strafdrohung nicht vorsieht. Geht das Mitwirken darüber hinaus (als Anstifter oder Gehilfe), dann tritt Bestrafung wegen Teilnahme ein [34]).

---

[29]) RGE 5/437 = R 4/145.

[30]) RGE 2/440 (= R 2/493, II. 12. 11. 1880).

[31]) RGE 4/1 (= R 2/762), 5/276 (= R 3/819), R 3/153, R 4/28, E 20/214, 29/306, 39/134, 48/21, auch RGZiv 8/92, LZ 1916/879, GA 54/306 und das bei Vogels S. 28 Anm. 9 u. Blesse S. 37 Anm. 73 angeführte Schrifttum.

[32]) RGE 65/417 (I. 30. 10. 31), besonders eingehend RGE 61/315 (III. 2. 6. 27).

[33]) RGE 7/193, RGE 12/122, 29/305.

[34]) RGE 13/181, 36/68, 42/382.

b) In der Wissenschaft.

Auch für diesen Grundsatz hat ein Teil der Wissenschaft die Begründung des Reichsgerichts übernommen. An der selbständigen Tat des einen notwendig Beteiligten kann der andere nach diesen Meinungen wegen Teilnahme strafbar werden, da für ihn eine Vorschrift fehlt, die die entgegengesetzte Auffassung rechtfertigen ließe. Allerdings sei die notwendige Mitwirkung selbst straffrei gelassen; jedoch bestehe weder ein Grund noch ein Bedürfnis, die Straflosigkeit weiter auszudehnen. Es sei zwar — nach Olshausen zum Beispiel — zu prüfen, ob nicht der Wille des Gesetzes dahin gehe, die Handlung dieser zweiten Person überhaupt straflos zu lassen. Grundsätzlich stehe dem aber nichts im Wege, daß gestraft werde. Die Teilnahme des als Täter selbst straflosen notwendig Beteiligten sei als Beteiligung an fremder Tat zu bestrafen [35]).

Kap. 2:

Die Begründung der Straflosigkeit der Teilnahme (der sogenannten Ausnahmen).

1) Allgemeines.

Nach diesem Überblick über die reichsgerichtlichen Erkenntnisse zum vorliegenden Problem, die ohne Beurteilung dargelegt wurden, ist zusammenfassend festzustellen, daß — abgesehen von Coenders — das Reichsgericht und die ihm folgenden Wissenschaftler nur einen Fall der sogen. Ausnahmen gelten lassen. Nur die Teilnahme des Geschützten im Falle der Schutzgesetze ist vom Reichsgericht — wie noch zu zeigen sein wird —, für straflos gehalten worden; also allein der erste von Kries'sche Grundsatz hat Anerkennung gefunden, die beiden anderen Grundsätze sind dagegen abgelehnt worden.

Die wissenschaftlichen Auffassungen für die Annahme einer strafbaren Teilnahme in dem zweiten und dritten von Kries'schen Satz haben zwar die reichsgerichtliche Rechtsprechung zur Grundlage. Jedoch sind schon die ersten Erkenntnisse, die die Gründe für eine Strafbarkeit grundlegend dargelegt haben, auf Ablehnung gestoßen. Daß dabei die sogen. Ausnahmen mit überzeugenden rechtlichen Gründen gerechtfertigt worden sind, kann nicht behauptet werden. Abgesehen von dem verschiedenen inneren Werte der einzelnen aufgestellten Begründungen reicht keine der bisher versuchten Rechtfertigungen zur Annahme irgendwelcher angeblicher „Ausnahmen von der Teilnahmelehre" aus. Da sämtlichen Begründungen für die drei von Kries' schen Gruppen eine strenge juristische Beweiskraft mangelt, müssen

[35]) *Zu § 241:* Oppenhoff A. 12; Bergen S. 81 Anm. 134; Vogels S. 28 A. 9; Olshausen Vorb. 9 a z. 3. Abschn.; LK S. 12, § 241, 11 a; Blesse S. 37 mit weiteren Nachweisen Anm. 73 und Bendix JW 1927/2432.

Zu § 243: Vogels S. 44 Anm. 27; LK 243, 9; Blesse S. 27/28 mit weiteren Nachweisen Anm. 49.

Zu § 331: Blesse S. 20; LK Anm. 18; Olshausen Anm. 12. Vgl. neuerdings noch Mezger S. 454 ff.

sämtliche angebliche „Ausnahmen" als nichtbestehend abgelehnt werden, also auch die reichsgerichtliche Auffassung von der Straflosigkeit der Teilnahme des Geschützten im Falle der sogen. Schutzgesetze.

Die in der Wissenschaft vertretenen Begründungen für die sogen. Ausnahmen sind, der Zahl der Einzelfälle entsprechend, äußerst zahlreich und verschiedenartig. Für ihre Prüfung läßt sich daher nur ein allgemeiner Überblick über die einzelnen entwickelten Grundsätze geben. Aber schon hierfür fehlt ein leitendes Merkmal; denn eine scharfe Abgrenzung der drei von Kries'schen Kategorien untereinander kann nicht gelingen [36]). Sie sind nach den verschiedenartigsten und in ihrer Eigenart unterschiedlichsten Gesichtspunkten zusammengestellt. Auch ist die Zurechnung der Einzelfälle zu den drei Gruppen nicht immer möglich.

Wie wenig aber die von Kries'sche Einteilung für einen Überblick über die einzelnen Ansichten von der Straflosigkeit der Teilnahme verwendbar ist, ergibt sich außerdem noch ganz besonders aus dem Umstand, daß die Begründung für die eine Kategorie oft in die andere hinüberreicht [37]). Die einzelnen Begründungen sind nicht etwa an die drei Grundsätze gebunden, sondern wechseln innerhalb der Einteilungen oftmals ihren Obersatz. Eine Verwischung der Gründe läßt sich bei fast sämtlichen Vertretern feststellen. Diese Tatsache wurde denn auch in einem Teil des Schrifttums als unliebsam empfunden. Daher haben einige Vertreter [38]) der „Ausnahmen" selbst nur einen einzigen Grundsatz (z. B. denjenigen der „ratio legis") als allein maßgebend herausgehoben. Die bei der Einteilung der Einzelfälle bestehenden Abweichungen haben ihren Grund darin, daß „die drei von Kries'schen Sätze die Einheitlichkeit des Gesichtpunktes vermissen lassen" [39]).

Eine Zuordnung der verschiedenen Begründungen zu den Einteilungsmerkmalen, den Obersätzen, erübrigt sich aber auch. Die Zuteilungsmöglichkeiten sind zu mannigfaltig. Überdies entbehrt die Frage der Zugehörigkeit der Begründung des Einzelfalles zu einer bestimmten Gruppe jeglichen praktischen Wertes. „Im Interesse von Einfachheit und Klarheit wäre es daher erstrebenswert, zu einer einheitlichen Lösung zu gelangen, indem man besonders nicht auf den Zweck der gesetzlichen Einzeltatbestände zurückgreift, wie dies wiederholt geschieht" [40]).

Dieser Auffassung ist für die Prüfung der Begründungen der Einzelfälle — wie noch zu zeigen sein wird — durchaus zuzustimmen. Jedoch darf das nicht dazu verleiten, die einzelnen Tatbestandsmerkmale überhaupt außer Betracht zu lassen. Vielmehr konnte ihrer näheren Untersuchung nicht entraten werden. Denn eine eingehende Erörterung der Einzeltatbestände war insoweit notwendig, als erst aus der Prüfung der Verbrechenstatbestände das allen sogen. Ausnahmen zugrunde liegende Problem entwickelt und erkannt werden konnte. Dabei hatte sich — eben aus den verschiedenen Tatbeständen heraus — eine förmliche Einteilung (in vier Gruppen) finden lassen.

Diese Gruppierung muß aber auch bei einer Untersuchung der ver-

---

[36]) So auch Freudenthal S. 97, Bergen S. 87/88.
[37]) Vgl. auch Bergen S. 88.
[38]) Vgl. die Nachweise oben S. 56 Anm. 1 und 13 f.
[39]) So Hoberg S. 86.
[40]) Bergen S. 88.

schiedenen in der Wissenschaft versuchten Begründungen gewisse Verwendung finden. In erster Linie wird es sich jedoch darum handeln, die einzelnen Meinungen unter allgemeinen leitenden Gesichtspunkten zusammenzustellen, um daraus dann gewisse Grundsätze zur Rechtfertigung — oder zur Ablehnung — der Straflosigkeit der Teilnahme, — der sogen. Ausnahmen herauszuheben.

Das tiefere juristische Problem der sogen. Ausnahmen hat zum ersten Mal — in der richtigen Fragestellung — insbesondere Beling[41]), im Rahmen seiner „Lehre vom Verbrechen" zu lösen versucht. Zum Ausgangspunkt erhebt er die, im Schrifttum auch später noch stark vernachlässigte[42]), Frage nach den Gründen, die es überhaupt an einer Strafbarkeit fehlen lassen. Über sie müsse Auskunft gegeben werden, wenn jemand wegen einer Tat für nicht strafbar erklärt werden soll. Wolle man also für jemanden Straflosigkeit annehmen, so müsse „klargestellt werden, ob er deshalb straflos ist, weil seine Handlung atypisch ist, oder deshalb, weil er unverboten handelt usw."[43]). Mit Recht betont Beling hierbei, daß gerade für das vorliegende Problem die Wissenschaft sich dieser konstruktiven Aufgabe entschlagen habe, wenigstens sei „eine klare Auseinandersetzung der verschiedenen Gesichtspunkte bisher zu vermissen."

Wenn die Beantwortung dieser Frage für die Straflosigkeit des als Täter Straflosen gelungen ist, ist weiterhin das Problem zu lösen, ob dieser in den vorliegenden Fällen gegebenenfalls als Teilnehmer gestraft werden kann. Wenn man dabei zu einer Verneinung kommt, ist die letzte Frage die: in welchem Punkt fehlt es an der Strafbarkeit seiner Teilnahme? Ist sein Handeln — als Teilnahme — nicht rechtswidrig, ist er ausnahmsweise entschuldigt, hat er einen persönlichen Strafausschließungsgrund für sich, oder wie ist sonst die Straflosigkeit seines Verhaltens zu begründen?

Die Straflosigkeit des als Täter Straflosen hat sich aus der „Nichtvertypung" seiner Handlung ergeben[44]). Daß dabei für seine Tätigkeit allerdings aus in seiner Person liegenden Gründen ein Straftatbestand nicht aufgestellt worden ist, rechtfertigt aber noch nicht, seine Straflosigkeit mit einem persönlichen Strafausschließungsgrund zu begründen, wie z. B. bei Beling[45]) und bei Blesse[46]) geschieht. Denn ein persönlicher Strafausschließungsgrund greift nur dann Platz, wenn zwar sämtliche Tatbestandsmerkmale gegeben sind, jedoch für den Staat wegen irgendwelcher im Einzelfall in der Person des Täters liegender oder sonstiger äußerer Umstände kein Belang an seiner Bestrafung besteht. „Sie bilden ein wirksames Korrektiv, wo eine generell angedrohte Bestrafung zu unbilligen Ergebnissen gegen Personen führen würde, die zwar sozialwidrig gehandelt haben, und denen man dieses Verhalten auch vorwerfen kann, für die aber eine Bestrafung zu hart

[41]) Beling, LvV S. 433 ff.

[42]) Nur bei Vogels S. 80 ff. und bei Bergen S. 99 f. finden sich kurze Erörterungen. Eingehender allein Blesse S. 3, 18 f., 24 f. u. ö.

[43]) Beling, a. a. O. S. 434.

[44]) Vgl. oben S. 39 ff.

[45]) Beling, LvV S. 437 f.

[46]) Blesse S. 19/20. Richtig ist dagegen die Auffassung Blesses S. 36: „Da schon die Täterschaft solcher Art nicht vertypt und mit Strafe bedroht ist, so liegt nicht nur ein Strafausschließungsgrund, sondern überhaupt gar kein Delikt vor". So auch Bergen S. 99.

wäre"[47]). In den vorliegenden Fällen fehlt aber gerade schon „eine generell angedrohte Bestrafung". Da die Handlung im Gesetz als Täterschaft eben nicht berücksichtigt worden ist, bedarf es eines sogen. Korrektivs, eines persönlichen Strafausschließungsgrundes nicht mehr, um die Straflosigkeit zu rechtfertigen. Die Tätigkeit ist durch die Rechtsordnung nicht verboten und nicht geboten — also mangels Vertatbestandlichung straflos.

Inwieweit aber eine weitergehende Mitwirkung des als Täter Straflosen als Teilnahme strafbar sein kann, ist die zu lösende Frage. Daß in sämtlichen Fällen eine Teilnahme im Sinne der §§ 48 und 49 StGB an sich möglich ist, wurde schon nachgewiesen. Nur bei den sogen. Delikten ohne Teilnahmeproblem hat sich — aus dem Wesen des Verbrechens heraus — diese Fragestellung als unmöglich erwiesen. Wenn das Gesetz auch über eine Bestrafung einer Tätigkeit als Täterschaft schweigt, so „bedeutet das Schweigen keineswegs, daß die ‚notwendige Teilnahme' nicht den Erscheinungsformen des Typus unterstellbar sei. Ganz im Gegenteil: Die Nichterwähnung bedeutet an sich gerade die Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln über Teilnahme"[48]). Ob die Tätigkeit als Teilnahme angesehen werden kann, bestimmt sich nach deren Begriffsmerkmalen. Wenn die Handlung selbst als strafrechtliche Teilnahme sich darstellt, beginnt erst die Schwierigkeit. Denn „gerade daraus erwächst ja erst das Problem; denn fiele er (der Teilnehmer) schon begrifflich nicht unter die Erscheinungsformen — die Teilnahme — so könnte über seine Straflosigkeit nicht gestritten werden"[49]).

Wenn also im Einzelfall sämtliche Merkmale der Teilnahme an sich gegeben sind, dann ist in den vorliegenden Fällen das Problem gerade das, ob der Staat trotzdem von einer Bestrafung absieht, weil er die Tätigkeit nicht für strafwürdig genug hält; und weiterhin ist dann fraglich, mit welcher juristischen Begründung die Straflosigkeit aufrechtzuerhalten ist.

Daraus ergibt sich aber auch, daß die Bezeichnung „Ausnahmen von der Teilnahmelehre" irreführend und schief ist[50]). Denn an und für sich ist die Teilnahme nicht von vornherein ausgeschlossen; das Problem liegt allerdings darin, ob die Teilnahmebestimmungen auf gewisse Personen Anwendung finden oder nicht. Höchstens insoweit könnte man eine „Ausnahme" sehen[51]). Jedoch wird sich ergeben, daß der als Täter Straflose als Teilnehmer wie jeder andere Teilnehmer zu betrachten ist.

Bei der Einteilung der Gründe, die für die Annahme der Straflosigkeit der Teilnahme des als Täter Straflosen herangezogen worden sind, sind im Wesentlichen zwei Arten der Begründung zu unterscheiden. Sie gehen oft ineinander über, überschneiden sich, werden mitunter aber auch scharf von einander getrennt und auseinandergehalten. Die Beweisführung ist bei einem Teil des Schrifttums rein förmlich, wie z. B. bei dem Satz von der Subsidiarität der Teilnahme gegenüber der Täterschaft (beim zweiten von K r i e s 'schen Grundsatz) oder aber mehr auf den Zweck gerichtet, wobei allgemeine Zweckmäßigkeits- oder Bil-

[47]) Blesse S. 19.

[48]) Beling, LvV S. 434 f.

[49]) Beling, a. a. O. S. 435.

[50]) Vgl. auch Bergen S. 98, der diesen Ausdruck als „wenig glücklich" bezeichnet.

[51]) Bergen S. 98.

ligkeitserwägungen usw. — wie z. B. beim dritten von Kries'schen Grundsatz — in den Vordergrund gestellt werden.

Diese einzelnen Begründungen auf ihren rechtlichen Wahrheitsgehalt zu prüfen, wird nun im Folgenden die Aufgabe sein. Zu beachten ist dabei aber, daß es sich hierbei um die Untersuchung einer angeblichen „Ausnahme" von einem allgemeinen Grundsatz handelt, nämlich dem von der Strafbarkeit der Teilnahme an fremder Straftat. Will man derartige „Ausnahmen" zulassen, dann müssen sie in rechtlich einwandfreier Begründung gerechtfertigt werden. Daraus ergibt sich, daß der Grundsatz selbst keiner Begründung bedarf. Er hat seinen Grund in der Teilnahmelehre selbst. Läßt sich jedoch eine klare Entscheidung für die Straflosigkeit der Teilnahme nicht finden, dann finden eben in diesen Fällen die allgemeinen Regeln über die Teilnahme Anwendung, dann wird die Annahme irgendwelcher behaupteter „Ausnahmen" hinfällig.

2) Das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme.

a) Die Teilnahme als Form der Verbrechensbegehung.

Bei den Vertretern einer „formallogischen" Beweisführung ist zur Rechtfertigung der sogen. Ausnahmen grundsätzlich das Verhältnis der Täterschaft zur Teilnahme als maßgeblich erachtet worden. Als erster Fall einer derartigen Begründung ist der Versuch des Schrifttums zu erwähnen, die Straflosigkeit der Teilnahme daraus herzuleiten, daß sie nur als Form der Verbrechensbegehung aufgefaßt wird. Diese Begründung ist vornehmlich für die Fälle der Gefangenenbefreiung, Begünstigung u. ä. aufgestellt worden.

Die Selbstbegehung des Delikts (Selbstbefreiung, Selbstbegünstigung) sei — so wird behauptet — als solche straflos; stifte jemand, der wegen Selbstbegehung straflos ist, zu diesen Delikten an, dann liege darin nur eine Selbstbegehung oder mindestens eine Form derselben. Auch diese Form der Selbstbegehung müsse straflos sein. Hierbei würde dann, so wäre weiter zu folgern, ein wesentliches Tatbestandsmerkmal, die Rechtswidrigkeit, fehlen.

So „dürfte — nach Vogels[52]) — die reale Erklärung der Strafbarkeit des Gefangenen in dem Verhältnis von Selbstbefreiung zu Anstiftung zu suchen sein." Wenn der Gefangene einen anderen um seine Befreiung angehe, so sei es „doch in Wahrheit nur eine Form der Selbstbefreiung." Sein Freiheitsdrang, auf den das Gesetz Rücksicht nehme, sei in solchem Falle genau so groß, wie wenn der Gefangene sich ohne fremde Hilfe sich selbst befreie[53]). Damit wird aber ein Merkmal in die Betrachtung gezogen, das recht eigentlich nicht hierher gehört. Denn allgemeine Erwägungen haben vorläufig noch auszuscheiden. Auch nach der Ansicht Gerlands[54]) sind Anstiftung und Beihilfe des Gefan-

[52]) Vogels S. 57, 69 oder S. 61: „Den realen Grund für die Straflosigkeit des Begünstigten suchen die meisten Schriftsteller nicht mit Unrecht darin, daß die bloße Teilnahme des Begünstigten an dem Delikt, das ihn begünstigt, nichts anderes sei als Selbstbegünstigung". Ähnlich Brandes S. 15, 22, 26; Dalcke S. 347/350; Geyer S. 319; Hälschner S. 882; Hofmann S. 59; Köhler GS 61/60.

[53]) So z. B. u. a. M. E. Mayer Gefbefrg. S. 15.

[54]) Gerland S. 160/1, für Begünstigung S. 285; vgl. auch Bergen S. 89.

genen deshalb straflos, weil beide nur „Modalitäten" der Selbstbefreiung sind.

Die nähere Begründung für diesen Obersatz fehlt allerdings; es spielen jedoch hierbei gewisse Zweckerwägungen mit hinein. So erklärt z. B. Vogel[55]): „Wenn das Gesetz dem Gefangenen erlaubt, straflos sich selbst zu befreien, dann muß es diesem auch konsequent gestattet sein, die Mittel anzuwenden, ohne welche er normalerweise seine Zwecke nicht zu erreichen vermag." Den Gegensatz zum „realen" Grund bildet bei Vogels der „innere", der die tatsächliche Begründung liefern soll[56]). Diese sei nämlich darin zu suchen, daß es nicht „Wille des Gesetzes" sein könne, den als Teilnehmer zu bestrafen, den das Gesetz straflos eine Täterhandlung (die Selbstbefreiung) vornehmen lasse. Damit aber dürfte die Doppelseitigkeit dieser Begründung besonders offenkundig sein. Zu rein formalen Gesichtspunkten treten „materielle" (teleologische) hinzu.

Mitunter wird aber auch die Straflosigkeit der Teilnahme damit erklärt, daß es dem wegen Selbstbegehung Straflosen am verbrecherischen Willen fehle[57]). Dem Gefangenen z. B., der einen anderen vorsätzlich bestimme, ihn zu befreien oder ihm zur Selbstbefreiung behilflich zu sein, verfolge nicht etwa einen für die juristische Beurteilung gleichgültigen Zweck, nämlich eine Selbstbefreiung, sondern seine eigentliche Absicht sei auf diese Selbstbefreiung und auf nichts anderes gerichtet[58]). Jedoch soll sich dieses Ergebnis auch nur aus „der Fassung der betreffenden Gesetzesvorschrift" gewinnen lassen.

Soweit bei diesen Begründungen allgemeine Erwägungen Platz greifen, können sie an dieser Stelle unberücksichtigt bleiben. Auch kann das Verhältnis der beiden verschiedenen Gesichtspunkte — des „formellen" und des „materiellen" — zueinander vorerst noch außer Betracht gelassen werden. Im übrigen muß diesen Meinungen gegenüber eingewendet werden, daß die Teilnahme keine Form der Verbrechensteilnahme darstellt. „Es gibt eben kein Verbrechen der Anstiftung oder der Beihilfe"[59]). Die Teilnahme an seiner eigenen Befreiung oder Begünstigung ist nicht Selbstbefreiung oder Selbstbegünstigung — jedenfalls nicht unmittelbare. Allerdings erklärt z. B. Hoepfner[60]): „Ein unmittelbarer Angriff auf das eigene Rechtsgut ist ja doch in derartigen Fällen die Anstiftung und Beihilfe." Jedoch wird für diese Ansicht kein Grund angegeben. Nach Hegler[61]) aber sei „nicht abzusehen, wieso das, was für die direkte Selbstbegünstigung gilt, auch für solche indirekte gelten soll, bei welcher eine dritte Person hereingezogen oder an ihrem deliktischen Treiben mitgewirkt wird." Dem stimmt z. B. auch Hergt[62]) zu. „Der Satz, daß die Selbstbegünstigung unter allen Umständen straflos sei, ist im geltenden Recht nirgends zum Ausdruck gekommen. Das Gesetz gibt uns keinen Anhaltspunkt dafür, daß die

---

[55]) Vogels S. 57.
[56]) Vogels S. 63.
[57]) So Herzog, GS 34/94 f.; Hälschner S. 691; Tippelskirch und Rüdorff bei Vogels S. 23, 37, 67 und auch Vogels S. 65 Anm. 25.
[58]) Geyer S. 319.
[59]) So Binding, Grundriß S. 173 zu III.
[60]) Hoepfner, Ztschr. 26/628.
[61]) Hegler S. 1599.
[62]) Hergt, GS 76/343 ff. Vgl. auch RG 23/69 (oben S. 116).

Selbstbegünstigung auch dann straflos sein solle, wenn sie in Mitwirkung zu rechtswidrigen und strafbaren Handlungen anderer ausartet" [63]).

In förmlicher Beziehung ist dabei aber besonders zu berücksichtigen, daß die Teilnahmebestimmungen Beteiligung an fremder strafbarer Tat erfordern. Die Teilnahme kann niemals als Teil der tatbestandsmäßigen Ausführungshandlung erscheinen; auch ist sie nicht selbst tatbestandsmäßige Ausführung des Verbrechens. Strafbar ist sie als die Mitwirkung des Teilnehmers zu einer Haupttat (Ausführungshandlung) des Täters. Die Ausführung des Verbrechens selbst ist von dem etwa hinzutretenden Handeln eines Dritten zu trennen. Es besteht ein durchgreifender Unterschied zwischen der Selbstbegehung, z. B. der selbstgewährten Begünstigung zugunsten des Gewährenden oder eines Dritten, und der Begehung der Tat durch einen Dritten, z. B. der von einem anderen gewährten Begünstigung, an der sich der wegen Selbstbegehung Straflose, der Begünstigte zu seiner Begünstigung, beteiligt [64]). Insoweit ist dem Reichsgericht durchaus beizupflichten. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, daß der Teilnehmer des eigenen Vorteils wegen handelt — „dieses rein objektive Moment kann nicht entscheidend sein" [65]). Allerdings ist die Wirkung der Anstiftung, vom Standpunkt des Begünstigten z. B. aus gesehen, für diesen die gleiche, als wenn er sich selbst begünstigt hätte. „Das Mittel aber, durch das er jenes Ziel erreicht, ist der Angestiftete, der sich durch sein Verhalten nach § 257 StGB strafbar macht, wenn er im Sinne des Anstifters tätig wird. Der Begünstigte ist der geistige Urheber dieses Erfolges geworden" [66]).

Es wird nun zwar im Schrifttum mitunter behauptet, daß der Teilnehmer sich jedes Mittels zur Erreichung eines Erfolges bedienen könne, den er auch als Täter straflos herbeiführen dürfe. Jedoch kennt das geltende Strafrecht den Satz: „Der Zweck heiligt die Mittel" nicht. Man darf sich eben nicht jedes Mittels bedienen, nur um einen, sei es auch berechtigten, Zweck zu erreichen [67]). Allerdings gibt das Gesetz Möglichkeiten, einen straflosen Erfolg deshalb herbeizuführen, um ein eigenes Interesse zu befriedigen. Um diese Fälle aber zu begründen, bedarf es einer Untersuchung darüber, ob etwa die Schuld des Täters ausgeschlossen ist, oder ob ein überwiegendes staatliches Interesse an der persönlichen Straffreiheit besteht. Aus diesem Grund gehört auch die „materielle" Begründung in eine andere Kategorie und kann hier noch unberücksichtigt bleiben.

Weiterhin läßt sich in förmlicher Beziehung die Unhaltbarkeit dieser Begründung für sämtliche oben aufgestellten Gruppen der angeblichen „Ausnahmen" auch noch aus einem anderen Grund leicht nachweisen. Hierbei wird dann besonders deutlich, warum auf die Prüfung der einzelnen Verbrechenstatbestände eingegangen werden mußte.

Unter die erste der vier Kategorien sogenannter Ausnahmen fallen, wie bereits erwähnt, diejenigen Delikte, bei denen die tätige Mitwirkung des straflosen Beteiligten an der Tat des allein strafbaren Täters erforderlich ist. Es handelt sich um die Verbrechen, die „korrespon-

---

[63]) Vgl. auch Blesse S. 17.
[64]) Blesse S. 49, insbesondere auch S. 30.
[65]) Hegler, a. a. O.
[66]) Blesse S. 49.
[67]) So auch Blesse S. 33, 37, 43, 47, 50.

dierendes" Verhalten in ihren Tatbeständen aufweisen, dessen eine Seite allein mit Strafe bedroht ist. Beide Tätigkeiten — die straflose wie die strafbare — sind aber in ihrem Wesen — als aktive und als passive — verschiedenartig [68]). Die straflose Handlung ist von der im besonderen Tatbestand erfaßten strafbaren Handlung scharf getrennt. Schon als „Handlungen" sind beide Tätigkeiten von einander zu unterscheiden. Demnach kann z. B. die Teilnahme an der passiven Seite niemals Selbstbegehung der aktiven sein.

Aber auch bei der zweiten Gruppe der sogen. Mehrheitsverbrechen mit einseitiger Strafdrohung [69]) läßt sich die Verschiedenheit der Handlungen kennzeichnen. Wie bereits dargetan, ist die Selbstverletzung — auch wenn sie eine strafbare Handlung darstellen würde — schon aus ihrem Handlungsbegriff heraus anders aufzufassen als die Verletzung, die eine andere Person an dem als Täter Straflosen begeht. Der Selbstmord, der an der eigenen Person begangen wird, ist von dem Mord verschieden, den jemand an einer anderen Person begeht. Die Straftat des strafbaren notwendig Beteiligten ist — tatbestandsmäßig — scharf von der Selbstverletzung abzuheben. Wollte man für beide Tätigkeiten Verbrechenstatbestände aufstellen, so müßten sie wesentlich von einander abweichen. Denn beide Handlungen weisen für die Tätigkeiten eine andere Richtung auf: bei der Selbstverletzung — Verletzung der eigenen Person, bei § 211 StGB z. B. Verletzung einer anderen Person. Demnach ist Beteiligung an der Verletzung, die von einem anderen ausgeht, niemals Selbstverletzung, mag sie sich auch gegen die eigene Person richten; sie ist vielmehr Beteiligung an einer fremden völlig selbständig aufzufassenden Straftat, die für den sich Selbstverletzenden immer eine fremde bleibt.

Daß diese Schlußfolgerung bezüglich der Verbrechen, bei denen die Selbstbegehung straflos ist und der bei Selbstbegehung Straflose Beziehungsobjekt ist (Verbrechen der dritten Gruppe) [70]), die gleiche ist, braucht danach nicht mehr nachgewiesen zu werden. Der wegen Selbstbegehung Straflose ist z. B. zwar als strafbarer Täter eines Delikts der Selbstanzeige denkbar; jedoch ist die Nichtanzeige des § 139 StGB tatbestandsmäßig in Beziehung auf einen anderen geregelt.

Und endlich trifft das gleiche Ergebnis auch für die letzte Kategorie zu, die die sogen. Förderungsdelikte erfaßt [71]). Selbstbefreiung z. B. stellt sich als eine von der Gefangenenbefreiung verschiedene Tätigkeit dar. Teilnahme an letzterer ist Teilnahme an einer für die Gefangenen fremden Straftat — und eben nicht Selbstbefreiung.

Aus dem Tatbestand der in Frage stehenden Delikte heraus muß dieser formalen Begründung danach jeder Erfolg versagt bleiben.

Inwieweit trotz des Wegfalls der angeführten förmlichen Begründungen etwaige „materielle" Gesichtspunkte für eine Straflosigkeit der Teilnahme sprechen könnten, spielt hier keine Rolle. Der Obersatz — Teilnahme als Form der Verbrechensbegehung — kann jedenfalls nicht aufrechterhalten werden.

Weiterhin kann aber auch der Ansicht, daß die Absicht des Teilnehmers auf Selbstbegehung gerichtet sei, nicht zugestimmt werden.

---

[68]) Vgl. oben S. 41 ff.
[69]) Vgl. oben S. 43 ff.
[70]) Vgl. oben S. 46 ff.
[71]) Vgl. oben S. 46 f.

Denn auf die Absicht des anstiftenden Gefangenen usw. kommt es nicht an. Die Teilnahme erfordert nur Vorsatz; dieser allein entscheidet. Zweck und Absicht sind für die Anwendung der Teilnahmebestimmungen unbedeutend [72]).

Nach alledem können diese Begründungen für die Annahme sogen. Ausnahmen nicht anerkannt werden. Eine Teilnahme ist also ebenso möglich wie an jedem anderen selbständigen Verbrechenstatbestand. Die Straflosigkeit als Täter kann daran nichts ändern. Denn es macht einen wesentlichen Unterschied aus, ob jemand selbst eine nicht mit Strafe bedrohte Handlung begeht, oder ob er sich an einer fremden strafbaren Handlung beteiligt. Die Ausführung der einen Tätigkeit kann zwar als Täterschaft keiner Strafbestimmung untergeordnet werden. Strafbar ist aber die weiter geleistete Teilnahme als Verursachung eines fremden Erfolges, zu dessen Bewirkung mitgewirkt wird. Der Gefangene befreit sich also durch das Mittel der Anstiftung nicht selbst, er stiftet vielmehr einen anderen dazu an, daß dieser die Straftat der Gefangenenbefreiung begeht. Und gerade wegen dieser Mitverursachung dieses Erfolges (der Gefangenenbefreiung) wird seine Tätigkeit mit Strafe bedroht.

b) Die Straflosigkeit des Teilnehmers infolge der Straflosigkeit der Täterschaft.

Die wichtigste und am meisten verbreitete förmliche Begründung für die angeblichen Ausnahmen hat Freudenthal [73]) aufgestellt. Er hat damit in der Wissenschaft großen Anklang gefunden. Im Gegensatz zu von Kries verwendet er ein sogen. argumentum a majori ad minus, einen einheitlichen Grundsatz für sämtliche drei Gruppen. Er läßt damit die von v. Kries zwischen den Einzelfällen gezogenen Grenzen fallen und behandelt sämtliche Delikte gleichartig.

Ausschlaggebend soll dabei das Verhältnis der Täterschaft zur Teilnahme und in deren Rahmen wiederum das der Anstiftung zur Beihilfe sein. Das rein denkmäßige Beziehungsverhältnis der Täterschaft zur Teilnahme komme — nach Freudenthals Ansicht — darin zum Ausdruck, daß bei Straflosigkeit der Selbtsbegehung auch die Teilnahme des als Täter Straflosen straflos sein müsse. Seine Begründung beruht insoweit inhaltlich auf der Annahme einer Subsidiarität zwischen ihnen.

Dabei zieht er einen weiteren in der Rechtslehre allgemein anerkannten Grundsatz heran. Den Grundsatz, daß ein Gesetz, das nur die Gefährdung eines Rechtsgutes strafe, demjenigen subsidiär sei, das die Verletzung strafe, überträgt Freudenthal auch auf das Verhältnis der Täterschaft zur Teilnahme. Danach soll die Verbrechensverwirklichung die Verletzung — bei Gefährdungsdelikten eine schwerere Gefährdung — darstellen, die Teilnahme dagegen nur eine Gefährdung — bei Gefährdungsdelikten eine leichtere Gefährdung — strafrechtlich geschützter Belange bilden. Wenn nun die Tatbestandsverwirklichung als Verletzungs- oder schwerere Gefährdungshandlung strafbar sei, dann folgerichtig auch eine bloße Gefährdungshandlung — oder die

---

[72]) Vgl. Vogels S. 24, 56 und 67; Bohne S. 471; Herzog, GS 34/96/97.

[73]) Freudenthal S. 110 f.

leichtere Gefährdungshandlung — um so weniger strafbar sein. Sie sei dann der ersteren subsidiär.

Dieser an sich rein formal-logische Grundsatz wird jedoch von Freudenthal weiterhin auch mit allgemeinen Erwägungen in Zusammenhang gebracht. Den Ausgangspunkt für seine Untersuchung bilden die „Ausnahmen", die sich im Rahmen der sogen. notwendigen Teilnahme ergeben. In diesen Fällen ergebe sich aber aus dem „Willen des Gesetzes", daß nicht einmal die Täterschaftshandlung, also diejenige Tätigkeit bestraft werde, die das geschützte Rechtsgut verletze. Daraus müsse dann weiter gefolgert werden, daß um so weniger „Wille des Gesetzes" sein könne, diejenige Tätigkeit zu strafen, die es nur gefährde; ebensowenig wolle das Gesetz, das die schwerere oder nähere Gefährdung ungestraft lasse, die leichtere oder entferntere gestraft sehen. Bei den Delikten mit notwendiger Teilnahme könne danach eine Bestrafung des notwendig Beteiligten auch insoweit nicht erfolgen, als die Teilnahme über die im Tatbestand erforderte notwendige Mitwirkung hinausgehe, da sie das verletzte Rechtsgut verletze, die Teilnahme es aber nur gefährde. Diesen Grundsatz erweitert er dann auch auf die Fälle ohne notwendige Teilnahme und gelangt dabei zu folgendem Ergebnis [74]):

„Überall, wo der Sinn des Gesetzes ergibt, daß eine Person straflos bleiben soll, wenn sie zusammen mit einer anderen ein Rechtsgut verletzt oder gefährdet, da muß erst recht die ihr zur Last fallende Anstiftung dieser anderen Person zur Verletzung (Gefährdung) dieses Rechtsgutes straflos bleiben. Denn darin liegt im Verhältnisse zu jener Haupttätigkeit nur die entferntere oder leichtere Gefährdung dieses Rechtsgutes. Und was von der Anstiftung gilt, das findet auf die Beihilfe entsprechende Anwendung."

Diese formal-logische Beweisführung hat u. v. a. auch Frank [75]) sachlich — wenn zwar auch in anderer Form — von dem Begriff der Teilnahme ausgehend im Ergebnis übernommen. Täterschaft ist — nach Frank — das Setzen einer Ursache, Teilnahme das Setzen einer bloßen Bedingung. Erkläre das Gesetz bei Delikten mit notwendiger Teilnahme nur einzelne der notwendig beteiligten Personen für strafbar, so spreche es damit mittelbar die Straflosigkeit der übrigen notwendig beteiligten Personen aus und zwar auch als Teilnehmer; denn aus der Straflosigkeit des Setzens einer Ursache ergebe sich die Straflosigkeit des Setzens einer bloßen Bedingung.

In Wahrheit liegen aber auch hier wieder zwei verschiedene Formen der Begründung vor, die sich beide überschneiden. Einerseits soll die Teilnahme aus ihrem Verhältnis zur Täterschaft straflos sein, und andererseits ergebe sich diese Schlußfolgerung aber auch aus dem Gesetz selbst.

Dieser Frank-Freudenthal'schen Begründung hat sich ein großer Teil des Schrifttums angeschlossen [76]). Bei sämtlichen Vertretern

---

[74]) Freudenthal S. 117.

[75]) Frank, Vorbem. V, 1 vor § 47 S. 111.

[76]) Vgl. die Nachweise bei Blesse S. 13, auch z. B. Hoberg S. 89: „Die Beteiligung an dem einheitlichen Delikt in der schwersten Form, der (Mit-)Täterschaft, zieht also keine Strafe nach sich. Das gibt den Ausschlag. Verbietet das Gesetz nicht einmal die „Mittäter-

fällt aber die Doppelseitigkeit der Begründung auf. Dies tritt mitunter dadurch offen hervor, daß das entgegengesetzte Ergebnis des Reichsgerichts deshalb gemißbilligt wird, weil es geradezu „sinnlos und ungerecht" sei, den Teilnehmer zu strafen[77]).

Am deutlichsten kommt die Zwiespältigkeit der Begründung wohl bei Brandes zum Ausdruck. Nach seiner Auffassung sei die Lösung des Problems darin zu finden, „wie man das Verhältnis von Täterhandlung zur Teilnahmehandlung und von Anstiftung zur Beihilfe ansieht"[78]). Dafür benutzt er ein Wertungsverhältnis, das tatsächlich allen Auffassungen dieser Art zugrunde liegt. Brandes selbst hat jedoch dieses Beziehungsverhältnis erstmalig klar hervortreten lassen und auf die kürzeste Formel gebracht. Täterschaft und Teilnahme sollen nämlich in einem Plus—Minus-Verhältnis stehen; die Täterschaft soll gegenüber der Teilnahme ein Mehr darstellen. Bei mehrfacher Beteiligung einer Person an einem Delikt könne Bestrafung nur wegen einer Beteiligungsform und zwar wegen der schwersten eintreten. Die Beteiligungsformen seien untereinander schwerer oder leichter: Täterschaft und Mittäterschaft seien gegenüber der Anstiftung und Beihilfe die schwerere Beteiligungsform und die Anstiftung gegenüber der Beihilfe[79]). Worauf aber diese Sätze beruhen, könne — nach der Ansicht Brandes' — unerörtert bleiben, da sie allgemein anerkannt seien[80]). Trotzdem berücksichtigt auch er die angeführte Beziehung einer Verletzungshandlung (Täterschaft) zu einer Gefährdung (Teilnahme).

Unter Verwendung dieses schon bei Freudenthal erwähnten Verhältnisses kommt er dann zu dem Ergebnis, daß das die Gefährdung betreffende Anstifter- oder Gehilfengesetz — ebenso wie das Gesetz gegen das Gefährdungsdelikt — „nur angewendet werden will, wo nicht das die Verletzung, also das Plus, unter Strafe stellende Täter- oder Mittätergesetz anzuwenden ist. Es ist in diesem subsidiär"[81]). In den Fällen mit notwendiger Teilnahme müßten dann z. B. die über das Maß des notwendigen Zusammenwirkens hinausgehenden Teilnahmehandlungen desjenigen straflos bleiben, der für die unter gleichen Umständen vollzogene Täterhandlung selbst dann nicht gestraft werden sollte, wenn er sie im Zusammenwirken mit einem anderen begangen habe.

Während nun aber Freudenthal bei der Untersuchung dieses Verhältnisses von seinem Begriff der notwendigen Teilnahme ausgegangen ist und die Anwendung des Grundsatzes auf die außerhalb der notwendigen Teilnahme liegenden Fälle erweitert hat, gelangt Brandes auf dem umgekehrten Wege zu dem gleichem Ergebnis. Brandes stellt den Obersatz aus allgemeinen Erwägungen für sämtliche in Frage stehenden Einzelfälle auf und zieht die Verbrechen mit „notwendiger Teilnahme" lediglich als Beispiele heran. Durch diesen Umstand werden die — schon bei Freudenthal vorhandenen zwei Begründungs-

---

schaft" bestimmter Personen so gibt es damit zu erkennen, daß es sie durch die fraglichen Normen überhaupt nicht verpflichten will". Trotzdem sollen sich die „Ausnahmen" auch nur aus dem „Willen des Gesetzes" herleiten.

[77]) M. E. Mayer, Strafrecht S. 387 und Fuchs, JW 1927 S. 2629.

[78]) Brandes S. 42.

[79]) Brandes S. 44.

[80]) Brandes S. 44 und S. 69.

[81]) Brandes S. 45.

formen — in das umgekehrte Verhältnis gesetzt. Denn grundsätzlich ergibt sich jetzt die Straflosigkeit der Täterschaft — und auch der Teilnahme — aus dem „Willen des Gesetzes". Nur zur Unterstützung seines Standpunktes beruft er sich auf die förmliche Beziehung der Täterschaft zur Teilnahme. Denn: „bleibt nach dem Willen des Gesetzes die selbst mit einer anderen Person zusammen ausgeführte schwerste Beteiligungsform straflos, so müssen erst recht die unter gleichen Umständen vor sich gegangenen leichteren Beteiligungsformen straflos bleiben" [82]).

Die für sämtliche Fälle geltende Begründung faßt dann Brandes in dem Satz zusammen: „Wenn sich aus dem Zusammenhang und der Fassung des Gesetzes ergibt, daß von mehreren an einem Delikt beteiligten Personen nur eine als Täter strafbar sein soll, so kann die andere mitbeteiligte Person auch nicht in irgendwelcher Form als Teilnehmer strafbar werden" [83]). Dieser „Wille des Gesetzes" soll sich nun auf drei verschiedenen Sätzen ergeben, die sich jedoch in nichts von den bei von Kries erwähnten unterscheiden.

Die Verwendung beider Begründungsarten — der formalen und der mehr teleologischen und innerhalb der formellen wieder die Benutzung der beiden Verhältnisse von Täterschaft zur Teilnahme einerseits als Plus—Minus-Verhältnis und andererseits als das der Verletzungs- zur Gefährdungshandlung — findet sich auch bei Vogels, der im Großen und Ganzen der Freudenthal'schen Beweisführung folgt. Zum obersten Grundsatz erhebt auch er das angeführte Beziehungsverhältnis. „Kann jemand gegen sich selbst straflos eine Täterhandlung vornehmen, dann ist er sicherlich dann nicht strafbar, wenn er sich nur an der Tat eines anderen beteiligt hat" [84]). Die eigentliche — innere — Begründung für diese Behauptung gibt er jedoch erst auf dem Umwege über den „Willen des Gesetzes". Wenn nämlich nach dem Willen des Gesetzes, der sich auch nur „irgendwie" zu erkennen gebe [85]), die Täterschaftshandlung nicht gestraft werde, dann habe auch nach dem „Willen des Gesetzes" die — mindere — Teilnahmehandlung straffrei zu bleiben [86]). Eine Bestrafung unter dem Gesichtspunkt der Teilnahme erscheine gezwungen und dem „offenbaren Willen des Gesetzes widersprechend". Sie entspreche auch nicht der „Natur der Sache" [87]).

Eine nur unwesentlich davon verschiedene Begründung ergibt sich u. a. auch bei Binding [88]) und bei Bohne [89]) aus dem Gesichtspunkt der Subsidiarität der Verbrechensformen. Im Bereich der Teilnahmelehre sei nämlich die Strafe der Beihilfe der der Anstiftung, die Strafe der Anstiftung der der Täterschaft subsidiär. Daraus sei zu folgern, daß die Anstiftung dort nicht bestraft werden könne, wo die Täterschaft nicht lediglich im einzelnen Fall, sondern allgemein straflos sei.

---

[82]) Brandes S. 48, 50, 52.

[83]) Brandes S. 50.

[84]) Vogels S. 17/18. Vgl. auch S. 34, 40 und S. 71/72, aber auch oben S. 67. Demnach tritt als weitere Begründung für einen Teil der Delikte noch hinzu, daß die Teilnahme nur eine Form der Verbrechensbegehung ist.

[85]) Vogels S. 18.

[86]) Vogels S. 75 und auch S. 18, 20, 29, 45/47, 48, 63, 70, 80/82.

[87]) Vogels S. 47.

[88]) Binding, Handbuch S. 355 ff., S. 361 f.; Normen I S. 230 ff., Grundriß S. 70 und S. 121; Birkmeyer Teilnahme S. 179 ff., S. 282 ff.

[89]) Bohne S. 472; vgl. auch M. E. Mayer, Strafrecht S. 513.

c) Der Grundsatz der mehrfachen Beteiligung an einer Tat.

Eine ähnliche förmliche Begründung wie sie von den eben erwähnten Auffassungen vertreten wird, ist besonders für die Verbrechen der zweiten v. Kries'schen Gruppe verwertet worden. Wenn das Gesetz Teilnahmehandlungen als selbständige Verbrechen unter Strafe steile, während der Haupttäter straflos bleibe, so könne der Haupttäter nicht wegen Anstiftung oder Beihilfe zu der Täterschaftshandlung bestraft werden. Daraus soll sich dann z. B. die Straffreiheit des Gefangenen ergeben, der einen anderen bestimme, ihm zur Selbstbefreiung behilflich zu sein [90]).

Die eigentliche Begründung dieser Annahme liegt in dem Satze von der mehrfachen Beteiligung einer Person an derselben Tat. Wenn nämlich eine Person mehrfach an einem Verbrechen beteiligt ist, dann werde sie stets nur einmal gestraft. Dies müsse — nach der Ansicht v. Liszts — auch gelten, wenn das Gesetz eine Teilnahmehandlung durch besondere Strafvorschrift zu einem selbständigen Delikt erhoben habe. Es können sich dann der Täter der Haupttat und alle diejenigen, die sich bereits anderweit in schwererer Form an dieser beteiligt haben, nicht noch als Anstifter oder Gehilfen an der zu einem selbständigen Verbrechen erhobenen Teilnahmehandlungen beteiligen. Denn dann liege nicht Idealkonkurrenz vor, sondern es sei überhaupt „nur eine Handlung bezw. eine Absorbierung der einen durch die andere" gegeben [91]). Eine Begründung für seine Auffassung einer angeblichen Absorbierung gibt v. Kries dabei allerdings nicht.

Gegenüber der bei v. Kries und v. Liszt vertretenen Ansicht, daß der Grundsatz der einmaligen Bestrafung mehrfacher Beteiligung an demselben Verbrechen auch für die sogen. verselbständigten Beteiligungstatbestände Anwendung finden müsse, ist zunächst einzuwenden, daß diese Verbrechenstatbestände verkannt werden. Die Auffassung, daß diese Tatbestände materiell „Beihilfehandlungen" darstellen und daher als allgemeine Teilnahmetatbestände zu beurteilen seien, muß verworfen werden. „Wo das Gesetz ein sich materiell als Teilnnahmehandlung darstellendes Verhalten zu einer selbständigen strafbaren Handlung erhoben hat, darf dieser die Selbständigkeit nicht wieder entzogen werden, daß man sie als Teilnahme zu einer anderen Handlung auffaßt. Wenn man in derartigen Fällen von Beteiligungstatbeständen im Verhältnis zu einer straflosen oder strafbaren Haupttat spricht, so darf man nicht vergessen, daß diese Unterscheidung lediglich den inneren Charakter der Tatbestände bezeichnen soll [92]). Der Form nach stellen sich diese Verbrechen immer als „Täterschaftsdelikte" dar. Somit würde schon aus diesem Grunde eine Verwendung dieses Satzes hier nicht statthaft sein.

Im übrigen ergibt ein Vergleich dieser Begründung mit den anderen bereits erwähnten, daß ihnen allen das gleiche Beziehungsverhältnis zugrundeliegt. Denn auch bei dem Frank-Freudenthal'schen Grundsatz hat die Verwendung des Verhältnisses der Täterschaft zur Teilnahme nur dann Bedeutung, wenn eine mehrfache Beteiligung einer

---

[90]) So Liszt § 52 V, 2.
[91]) Von Kries S. 538.
[92]) Bergen S. 85. Vgl. schon oben S. 46 ff. und 53 ff.

Person an einer Straftat in Frage steht. Der tiefere Sinn des behaupteten Plus—Minus-Verhältnisses ist eben der, daß der Täter wegen der schwereren Form (der Täterschaft) allein gestraft werden soll, auch wenn er sich daneben etwa noch einer — minderen — Teilnahme schuldig gemacht haben sollte. Es handelt sich um die Frage der Bestrafung des als Täter Straflosen, der sich über die „Täterschaft" hinaus als Teilnehmer an dem Verbrechen beteiligt hat.

Bei der Lösung dieses Problems kann nun die Richtigkeit des Grundsatzes von der nur einmaligen Bestrafung bei mehrfacher Beteiligung an einer Straftat ungeprüft bleiben. Ebenso bedarf es einer Untersuchung des förmlichen Beziehungsverhältnisses zwischen der Täterschaft und der Teilnahme nicht. Dieses kann sogar als tatsächlich vorhanden unterstellt werden [93]). Auf die Begründung der Subsidiarität der Teilnahme gegenüber der Täterschaft kommt es gar nicht an.

Allerdings ist gegen die Annahme einer förmlichen Beziehung von Täterschaft zu Teilnahme im Verhältnis von einem Mehr zu einem Weniger einzuwenden, daß dieses Beziehungsverhältnis in Wahrheit nicht besteht. Denn Teilnahme ist Mitverursachung des Erfolges [94]). Der Täter und der Teilnehmer setzen nach v. Buri Ursachen zum Erfolge. Durch ihr Zusammenwirken wird der Gesamterfolg herbeigeführt. Der Anstifter wirkt bestimmend auf den Täter ein, während der Gehilfe den Täter bei Ausführung der Tat fördert. Allerdings hätte gesetzestechnisch aus der Mitverursachung der Teilnehmer gefolgert werden können, daß jeder Verursacher, sofern er rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat, als Täter anzusprechen sei und demgemäß als solche für die Tatbestandsverwirklichung einzustehen habe [95]). Wer im Ergebnis mehr oder weniger verursachend für den Gesamterfolg gewesen ist, läßt sich rein logisch nicht auseinanderhalten. Die Handlung des Täters ist keineswegs ein Mehr gegenüber der des Teilnehmers, mag das Gesetz sie auch anders bewerten. „Ohne daß die logisch-erkenntnistheoretische Gleichwertigkeit aller zu einem Erfolge gesetzten Bedingungen geleugnet zu werden braucht, macht das RStGB in der rechtlichen Wertung zwischen den einzelnen, zu einem Erfolge mitwirkenden Betätigungsweisen Unterschiede, indem es die täterschaftliche Ursachsetzung von der als Teilnahme erscheinenden sondert, also Täterschaft einerseits, Anstiftung und Beihilfe andererseits unter dem Gesichtspunkt verschiedenartiger rechtlicher Wertung in scharfem begrifflichen Gegensatz zu einander stellt" [96]). Demnach werden die Ursachen zwar rechtlich nicht gleich bewertet. Das ist durch die Aufstellung besonderer Kategorien der Teilnahme im geltenden Recht zum Ausdruck gebracht. „Richtig ist daher, daß die Teilnahme (besonders die Beihilfe, aber auch die Anstiftung) häufig eine dem Werte nach geringere Tätigkeit darstellt als die Täterschaft" [97]). Diese Auffassung findet sich auch im Gesetz dadurch angedeutet, daß die Beihilfe minder bestraft wird, als die Täterschaft. Über eine logische Beziehung ist aber damit noch nichts gesagt. Die rechtliche Bewertung ist von der Frage der Verursachung zu trennen. Denn bei einer kausalen Betrachtung erscheinen

[93]) Gegen seine Annahme z. B. Blesse S. 14.

[94]) Hippel, Lehrbuch S. 161; Liszt, § 49 I S. 309.

[95]) Liszt a. a. O.; vgl. § 58 des norweg. StGB, auch Hagerup, Ztschr. 29/634/5 und Vogels S. 1 Anm. 2.

[96]) Liszt, a. a. O. S. 310.

[97]) Blesse S. 14.

Täterschaft und Teilnahme gleichwertig. Demnach ist die Annahme, daß bei Straflosigkeit der Täterschaft auch die Teilnahme eines als Täter Straflosen straffrei zu bleiben hat, aus rein logischen Erwägungen heraus nicht aufrechtzuerhalten.

Selbst wenn man aber dieses angegebene Verhältnis als richtig unterstellen würde, ist in erster Linie eine Prüfung darüber notwendig, ob der Gedanke der Subsidiarität, des Plus—Minus-Verhältnisses, oder der mehrfachen Beteiligung in diesem Fall überhaupt Verwendung finden kann [98]).

Es wird sich also darum handeln, das Vorliegen eines derartigen Täter- und Teilnahmeverhältnisses gerade hier nachzuweisen. Die Frage, warum allgemein der Täter nicht noch als Teilnehmer gestraft werden soll, kann zwar an sich außer Betracht bleiben. Läßt sich aber dieser Nachweis für die zur Behandlung stehenden Fälle erbringen, dann müssen die erwähnten Grundsätze — ihre Richtigkeit unterstellt — allerdings unbedingt auch hier zur Anwendung gelangen.

Dieser Beweis wird sich jedoch nicht führen lassen. Der Satz von der mehrfachen Beteiligung einer Person an einer strafbaren Handlung ist hier nicht verwendbar.

Der diesem Grundsatz zugrundeliegende Gedanke ist der, daß ein wegen seiner strafbaren Handlung zu strafender Täter nicht doppelt gestraft werden soll, wenn er an derselben Tat noch als Teilnehmer mitwirkt. Ist also jemand nach § 242 StGB als Dieb strafbar, dann ist damit gleichzeitig seine Strafe mitumfaßt, die er z. B. noch als Anstifter eines anderen — als Mittäter oder Gehilfen — bei diesem Delikt Tätigen zu erwarten hätte. Er würde dabei an ein und derselben Straftat (an dem Diebstahl) in doppelter Beziehung mitgewirkt haben; seine Tätigkeit würde an sich zwei verschiedenen Strafgesetzen unterliegen. Jedoch soll dann nur eine Tätigkeit mit Strafe geahndet werden. Es hat also nur das für seine Täterschaftshandlung geltende Strafgesetz auf ihn Anwendung zu finden.

In den zur Behandlung stehenden Fällen sind nun die erforderlichen zwei Strafgesetze nicht gegeben. Es liegt nur die Verletzung eines einzigen vor. Es treffen niemals zwei Strafdrohungen zusammen, von denen die eine die andere „absorbieren" könnte. Da nun für die eine Handlung eine Strafdrohung nicht vorhanden ist — die „Täterschaftshandlung" ist als solche straflos — mangelt es an dem wesentlichen Erfordernis der zwei Strafgesetze. Daher liegt eine Subsidiarität auch nicht vor, „weil das primäre Gesetz, dem das Gesetz gegen den Teilnehmer subsidiär sein sollte, gar kein Strafbarkeits-, sondern ein Straflosigkeitsgesetz (= Anordnung, daß Täterschaft — mangels Tatbestands — nicht vorliege) ist. Und Subsidiarität eines Strafgesetzes gegen ein Nichtstrafgesetz ist natürlich undenkbar. Denn Subsidiarität heißt: Strafgesetz zwei soll nur Platz greifen, wenn schon Strafgesetz eins Strafe begründet [99]). Die Subsidiarität wird aber nur durch Bestrafung begründet, nicht — wie bei diesen Auffassungen — durch Nichtbestrafung. „Das Gegenteil wäre eine Konstruktion, ohne konsumens, eine Subsidiarität ohne Primäres" [100]).

---

[98]) So auch Bergen S. 87.

[99]) So Beling, LvV S. 436/7; Freudenthal S. 103. Vgl. auch Vogels S. 49/50 und S. 79.

[100]) So Hegler S. 1599 zu bb).

Diesem Einwande gegenüber wird oft mit einer Unterstellung gearbeitet, allerdings nur für die Delikte mit notwendiger Teilnahme. Zum Beweise dieses Grundsatzes wird nämlich fingiert, daß die notwendige Mitwirkung strafbar sei; dann würde sie sich als eine Mittäterschaft darstellen; eine Teilnahme an derselben Tat könne aber nicht mehr in Betracht kommen. Daraus sei dann das erwähnte Ergebnis zu folgern [101]).

Aber selbst Bergen muß zugeben, daß der angeführte bei mehrfacher Beteiligung an demselben Verbrechen geltende anerkannte Grundsatz, insbesondere also die Annahme der Subsidiarität oder Konsumtion der Teilnahmeformen auf die Mehrheitsdelikte mit einseitiger Strafdrohung und korrespondierendem Verhalten der Mitwirkenden „unmittelbar nicht übertragen werden kann" [102]). Denn es fehle gerade, weil die notwendige Mitwirkung der einen Person straflos sei, eine strafbare Täterschaft, hinter der eine minder schwere Teilnahme etwa zurücktreten könnte. Wenn man aus diesem Grunde „auch nicht direkt von Subsidiarität (oder Konsumtion sprechen" könne, so sei „es doch die Idee der Subsidiarität" (oder Konsumtion), die hier noch fortleben" müsse [103]). Warum aber die angebliche „Idee der Subsidiarität" weiterwirken müsse, wird jedoch nicht angegeben. Allerdings könne man — nach Bergen — darauf verzichten, diese Begründung zu benützen. Denn man habe „indessen nicht nötig, diesen Umweg zu gehen." Es wird sich aber erweisen, daß auch dieser „einfachere Weg" Bergens keine scharfe juristische Begründung gibt.

Aber auch die übrigen Gründe für die Notwendigkeit der Fiktion der Täterschaft, für eine notwendige Weiterwirkung der Subsidiarität, befriedigen keineswegs. Vogels [104]) z. B. begnügt sich mit der ganz allgemeinen Erwägung, daß es nicht einzusehen sei, „warum es nun einen Unterschied machen soll, wenn das Gesetz über die Strafbarkeit des Gläubigers eine ausdrückliche Bestimmung nicht getroffen hat." Gerade wegen dieser Allgemeinheit kann dieser Gesichtspunkt keine Verwendung finden.

Demnach greift keiner der angeführten Gründe gegen den Einwand der Unhaltbarkeit des Grundsatzes der mehrfachen Beteiligung in diesen Fällen durch.

Außerdem aber — und dies ist wohl der wichtigste Einwand gegen diese Begründungen — ist der Standpunkt der mehrfachen Beteiligung an „demselben" Verbrechen aus der Tatbestandsprüfung nicht zu halten. Denn es handelt sich bei der hier in Frage stehenden Teilnahme nicht um ein „Minus" gegenüber der Selbstbefreiung z. B., sondern vielmehr „um ein Aliud, eben wegen der Beteiligung dieses anderen" [105]).

[101]) Vgl. die bei Bergen S. 81 Anm. 130 angeführten Nachweise, auch Brandes S. 53/54. Nach Vogels S. 74 würden sich diese Handlungen aber nur nach dem „Willen des Gesetzes" als Mittäterschaft darstellen, wenn sie nicht straflos wären.

[102]) Bergen S. 91.

[103]) Für die Delikte, bei denen der Straflose als Angriffs- oder Beziehungsobjekt anzusehen sei, sei der Gedanke der Fiktion nicht verwendbar, da der Straflose in diesen Fällen ja überhaupt nicht strafbarer Täter sein könne. Vgl. Bergen S. 93/94.

[104]) Vogels S. 34.

[105]) So Hegler S. 1599.

Denn wie bereits nachgewiesen worden ist, ist die Selbstbegehung des Straflosen von der Begehung des Verbrechens durch einen anderen wohl zu unterscheiden [106]): Die Selbstbefreiung und die Gefangenenbereiung des § 120 StGB sind zwei selbständige, von einander wesentlich verschiedene Handlungen, von denen die eine zwar straflos ist, die andere dagegen gestraft wird. Die unterschiedliche Behandlung in der Aufstellung einer Strafdrohung tut dabei nichts zur Sache. Vielmehr kommt es im Wesentlichen auf die im Handlungsbegriff liegende Unterscheidung an. Sind nun aber beide Tätigkeiten — Selbstbegehung und Verbrechensbegehung durch einen anderen — verschiedenartige, dann ist daraus zu folgern, daß auch Selbstbegehung und Teilnahme an der Verbrechensbegehung der anderen Person nicht mehrfache Beteiligung an demselben Verbrechen darstellen; vielmehr handelt es sich um zwei verschiedene Tätigkeiten, um Selbstbegehung, die als Täterschaft straflos ist, und um Teilnahme an dem Delikt eines anderen, also um Ausführung von zwei verschiedenen Handlungen — von denen allerdings die eine nicht strafbar ist. Würde man aber für diese täterschaftsartige Tätigkeit Strafbarkeit unterstellen, dann müßte eine doppelte Verletzung von Strafgesetzen angenommen werden. Die fingierte strafbare Täterschaft könnte die zu einer fremden Straftat geleistete Teilnahme nicht aufzehren, eben weil die Mitwirkung nicht an demselben, sondern neben der Täterschaft Beteiligung an einem fremden Verbrechen erfolgt ist. Wenn also jemand, der eine Tätigkeit selbst als strafloser Täter ausführen könnte, an der Handlung anderer Personen zur Herbeiführung eines Erfolges mitwirkt, dann schiebt sich eine von der ersten Tat verschiedene, besondere Straftat ein. An dieser kann aber der als Täter Straflose als Teilnehmer strafbar werden.

Man mag also sämtliche — ohne irgendwelche Begründungen — aufgestellten Obersätze dieser Auffassungen für richtig halten; in keinem Falle würde eine Straflosigkeit der Teilnahme gerechtfertigt erscheinen. Zur Begründung der angeblichen „Ausnahmen" reichen alle angeführten Gründe nicht aus.

3) Die Begründung der Straflosigkeit der Teilnahme aus zweckgebundenen Erwägungen.

a) Der Grundsatz der Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens.

Diesen förmlichen Begründungen gegenüber stellen es die mehr „teleologischen" insbesondere ab auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Als erster und wichtigster Grund für die Annahme sogen. Ausnahmen ist im strafrechtlichen Schrifttum für eine Reihe von Fällen der sogen. Exkulpationsgedanke verwertet worden, d. h. der Gedanke, man könne dem bei Selbstbegehung Straflosen keinen Vorwurf machen, wenn er an der Tat eines anderen teilnehme. Dies sei für ihn begreiflich und deshalb verzeihlich aus natürlichen und natürlich starken Trieben, vor allem dem Selbsterhaltungstrieb [107]). Hiermit würde für den Teilnehmer ein allgemeiner Schuldausschließungsgrund vorliegen; wegen Unzumut-

[106]) Vgl. u. a. oben S. 70.
[107]) Vgl. Hegler S. 1601.

barkeit rechtmäßigen Verhaltens könnte an sich die Tat entschuldbar sein.

Wie weit ein derartiger Schuldausschließungsgrund überhaupt anerkannt werden kann, ist im Schrifttum allerdings bestritten [108]). Man hat ihn jedoch bis zu einem gewissen Grade aus dem Schuldbegriff hergeleitet [109]). Danach ist ein Verhalten nur dann als schuldhaft anzusehen, wenn es in Widerspruch zu einer Anforderung zu einem Sollen steht. „Nur dann ist es ‚vorwerfbar'. Hieraus ergibt sich aber, daß ein solcher Widerspruch dann nicht vorliegen kann, wenn dem Täter nicht ‚zuzumuten' ist, daß er der Anforderung genüge. Ist ein Verhalten nicht zumutbar, so ist es auch nicht vorwerfbar, folgeweise nicht schuldhaft. Dies hat dann mit Notwendigkeit die Annahme eines allgemeinen Schuldausschließungsgrundes der Nichtzumutbarkeit zur Folge" [110]).

Es würde sich dabei also um Ausschließung der Schuld im weiteren Sinne gleich „Vorwerfbarkeit wegen (durch Beteiligung an der Vortat gegebener) abnormer Motivationslage, psychischer Zwangslage, bei der der Betreffende nicht mehr als voller Herr seiner Tat erscheint, handeln" [111]).

Zur Beurteilung der Handlung des Teilnehmers ist aber die gesamte Lage maßgeblich zu berücksichtigen [112]). Der entscheidende Umstand ist, „ob er sich unter solchem psychischen Zwang befunden hat, daß eine Beeinflussung durch die Strafdrohung im Hinblick auf seine Fähigkeiten erfahrungsgemäß nicht mehr zu erwarten war" [113]). Daraus mag zwar oft im Einzelfall ein Ausschluß der Schuld herzuleiten sein. Jedoch wird es sich darum handeln, die Straflosigkeit nicht aus den — an sich möglichen — Einzelfällen zu begründen, sondern vielmehr den Nachweis für die Schuldausschließung im Allgemeinen zu erbringen; denn es soll ja mit dieser Begründung ein allgemeiner Grundsatz aufgestellt werden, der sogen. Ausnahmen von der Strafbarkeit der Teilnahme rechtfertigen ließe.

Im Allgemeinen kann nun aber die Zwangslage nicht für so groß erachtet werden, daß grundsätzlich die Schuld wegen Nichtzumutbarkeit ausgeschlossen würde. Es ist H e g l e r [114]) durchaus zuzustimmen, wenn er erklärt, daß dieser Gesichtspunkt „doch wohl zu weit führen dürfte". Die Selbstbegehung mag zwar aus in der Person des Straflosen liegenden Gründen entschuldbar sein — obwohl in Wahrheit Straflosigkeit mangels Vertatbestandlichung und nicht durch einen Schuldausschließungsgrund gegeben ist. Von der „Exkulpation" der Selbstbegehung ist jedenfalls noch ein erheblicher Schritt zu der einer Hereinziehung Dritter oder der Beteiligung an dem verbrecherischen Treibei Dritter. Denn ein Vorwurf wird dem Teilnehmer nicht wegen seiner Befreiung gemacht, sondern vielmehr aus dem Grunde, weil er in eigenem Belange an dem strafbaren Verhalten eines anderen mitwirkt. Der Teilnehmer darf also nicht jedes Mittel dazu benutzen, um zur

---

[108]) Vgl. neuerdings: Schaffstein, Nichtzumutbarkeit 1933.

[109]) So Blesse S. 39 und dort Anm. 79 und 80 mit weiteren Nachweisen.

[110]) So Blesse S. 39.

[111]) Hegler, a. a. O.

[112]) Liszt S. 266.

[113]) Blesse S. 39.

[114]) Hegler S. 1601 zu g).

Befriedigung eigener Interessen einen strafbaren Erfolg herbeizuführen. „Die Unterlassung dieses rechtswidrigen Verhaltens ist ihnen aber durchaus in den Fällen, wo die Zwangslage nicht übergroß ist, zuzumuten" [115]). Allerdings besteht die von Beling [116]) angeführte — später wieder aufgegebene [117]) — besondere Norm nicht, nach der dem Teilnehmer verboten ist, eine andere Person in Strafe zu führen [118]). „Jedoch ist die Funktion der Vorschriften über Teilnahme wie die jedes Rechtssatzes nicht nur die, Bewertungsnorm, sondern auch Bestimmungsnorm zu sein. Gerade die letztere Funktion tritt hier dadurch in die Erscheinung, daß auf den Willen des Teilnehmers eingewirkt werden soll, um den kriminellen Erfolg zu verhüten. Wird dieser Zweck nicht erreicht, so ist die Folge, daß der Täter strafbar wird, wenn er auf die Anstiftung hin handelt" [119]).

Man darf sich auch nicht — wie es die herrschende Meinung im Ergebnis tut — auf den Standpunkt des selbstischen Teilnehmers stellen. Es ist dagegen die Wirkung zu berücksichtigen, die die Handlung des Teilnehmers auf den Täter hat, wenn dieser tätig wird. Es wird demnach vom Teilnehmer nichts Unzumutbares dadurch verlangt, daß er nicht strafbare Erfolge herbeiführe, nur um seine Belange zu befriedigen. Der zwar als Täter Straflose „hat dem Staate gegenüber die Pflicht, sein Handeln so einzurichten, daß er nicht gegen staatliche Verbote verstößt" [120]).

Weiterhin ist aber auch zu bedenken, daß dem Gefangenen und dem Begünstigten z. B. nicht die Möglichkeiten strafloser Selbstbefreiung und strafloser Selbstbegünstigung genommen sind [121]). Wenn er aber diesen straflosen Weg wählen kann, so ist ihm daraus ein Vorwurf zu machen, daß er dennoch einen strafbaren Erfolg verursacht und Dritte strafbar werden läßt. „Weil der Begünstigte sich straflos selbst begünstigen darf, liegt eine Zwangslage gar nicht vor. Das Vorwerfbare ist in der Hereinziehung eines Dritten zu sehen. Die Unterlassung dieser Hereinziehung ist mit Rücksicht auf die Möglichkeit strafloser Selbstbegünstigung durchaus zuzumuten" [122]).

Selbst wenn man also einen allgemeinen Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens anerkennen würde, ist er in den vorliegenden Fällen nicht verwertbar. Mit einem Schuldausschließungsgrund können die angeblichen „Ausnahmen" nicht begründet werden.

Nur eine geringe Änderung dieser Begründung bedeutet es, wenn auf den oft angeführten „Grundsatz der Billigkeit" verwiesen wird. Auch hiermit läßt sich die Straflosigkeit der Teilnahme nicht rechtfertigen.

So soll es z. B. unbillig sein, eine Straflosigkeit dessen anzuneh-

---

[115]) Blesse S. 40; einzelne Fälle bei Blesse S. 19, 25, 35, 39, 43, 47 und S. 50.
[116]) Beling Ztschr. Bd. 18, S. 271.
[117]) Beling, LvV S. 439.
[118]) Blesse S. 25; Brandes S. 15; Vogels S. 53.
[119]) Blesse S. 25.
[120]) Blesse S. 37.
[121]) Hegler S. 1601.
[122]) Blesse S. 50.

men, der Spuren selbst beseitigt, aber Strafbarkeit dessen, der hierzu nur hilft, — Bestrafung wegen der minderbedeutsamen Anstiftung, Nichtbestrafung wegen der bedeutsameren Ausführung[123]). Auch Geyer[124]) erklärt eine Strafbarkeit als Anstifter für unbillig, wenn der andere einen Verbrecher wissentlich auf dessen Bitte hin verbirgt.

Abgesehen davon, daß die Verbindung mit dem Plus-Minus-Verhältnis an der Güte dieser Begründung nichts ändert, fehlt für die angebliche Unbilligkeit des Ergebnisses jeder rechtlich bedeutsame Grund.

Ferner wird — insbesondere für die sogen. Schutzgesetze — erklärt, daß es eine durch nichts zu rechtfertigende Härte sein würde, wenn das Gesetz auch die Opfer des Delikts unter Strafe gestellt hätte[125]). Die Schärfe des Gesetzes könne sich nicht gegen die Geschützten richten[126]). Jedoch fehlt auch hier wieder eine eigentliche Begründung. Mit einer so allgemeinen Erklärung: „es ist schlechterdings undenkbar, daß der Minderjährige wegen Teilnahme gestraft werden soll", ist nicht auszukommen; noch dazu wenn ein derartiger Satz nur als „Glaubenssatz" aufgestellt wird[127]).

So erklärt auch v. Bar[128]): „Wollte man die durch den Wucher Geschädigten selbst, welche selbst die Handlung des Wucherers provozierten, wegen Anstiftung oder intellektueller Beihilfe zum Wucher bestrafen, so würde man ihren Leichtsinn, der nur, weil er verzeihlich erscheint, die Bestrafung des Wucherers rechtfertigt, wieder als unverzeihlich behandeln, außerdem aber die Entdeckung und Bestrafung des Wucherers äußerst erschweren".

Oder aber es wird behauptet, daß heute z. B. der Gläubiger, den man wegen Teilnahme am Delikt des Schuldners strafen wolle, sich sogar viel schlechter stehen würde, als nach der früheren Gesetzgebung[129]). Worin dann aber die behauptete „Unbilligkeit" der Strafbarkeit bestehen soll, wird allerdings nicht dargetan.

Man würde zwar den Teilnehmer mit einer derartigen Begründung einen persönlichen Strafausschließungsgrund gewähren. Jedoch ist mit einer Begründung der Straflosigkeit des Teilnehmers aus allgemeinen Billigkeitserwägungen nichts anzufangen[130]). Es ist doch immer zu berücksichtigen, daß der Teilnehmer den strafrechtlichen Erfolg eines Delikts mitverursacht und einen anderen zu einer strafbaren Handlung veranlaßt oder an seiner Straftat als Gehilfe sich beteiligt.

b) Der Grundsatz der Praktikabilität.

Weiterhin wird von einem Teil des strafrechtlichen Schrifttums zur Verneinung der Bestrafung wegen Teilnahme Gründe der Praktikabilität angeführt. Nach v. Bar[131]) lasse sich zwar eine allgemeine Entscheidung nicht geben. „Es sei denkbar, daß das Gesetz, ungeachtet es direkt nur eine der beteiligten Personen als straffällig bezeichne, die

[123]) So Süssheim bei Hegler S. 1601 zu h).
[124]) Geyer S. 318; vgl. auch Hoberg S. 90.
[125]) Vogels S. 15; Reichart, GS 48/325 f.; Zadek, GS 40/568.
[126]) v. Kries S. 527; Vogels S. 11 Anm. 1.
[127]) Freudenthal S. 97 und S. 102.
[128]) v. Bar S. 726.
[129]) Brandes S. 33.
[130]) So Hegler S. 1601.
[131]) v. Bar S. 728.

Straffälligkeit der anderen wollen müsse, sofern diese sich einer weitergehenden Teilnahme schuldig mache. Dennoch seien die Bestimmungen über Teilnahme nicht in Anwendung zu bringen, da es in den meisten Fällen schwer sei, die notwendige Teilnahme, die das Gesetz straffrei lassen wolle, von derjenigen zu unterscheiden, die als Teilnahme bestraft werden solle. Dieses Ergebnis entspreche den allgemeinen Grundsätzen von der Interpretation von Strafgesetzen [132]).

Es kann zwar V o g e l s zugegeben werden, daß der bei B a r angegebene Grund für die Delikte mit sog. notwendiger Teilnahme vieles für sich hat [133]). Es mag sein, daß sich mitunter keine scharfen Grenzen zwischen der notwendigen und der über diese hinausgehenden Beteiligung ziehen lassen. Wenn aber V o g e l s dann daraus die Schlußfolgerung zieht, daß es bei einer Bestrafung des Teilnehmers als Anstifter hieße, den „offenbaren Willen des Gesetzes" verkennen, da das Gesetz sich diesen Fall vorbehalten müsse, so gelangt er damit zu einer weiteren Begründung, die — streng genommen — garnicht hierher gehört.

In Wahrheit ist auch die mitunter für die Gläubigerbegünstigung angeführte Begründung [134]) keine andere. Eine Unterscheidung zwischen passivem Verhalten, der Annahme, und einer darüber hinausgehenden tätigen Mitwirkung, der Teilnahme, sei — nach diesen Ansichten — nicht angebracht, da „naturgemäß" der Schuldner dem Gläubiger die Leistung nicht entgegenbringe. Es hieße den „Zweck des Gesetzes" umkehren, wenn man den Gläubiger als Anstifter strafen wollte.

Auch die Abgrenzung von Selbstbefreiung, Selbstbegünstigung usw. von bloßer Beihilfe zur eigenen Befreiung und Begünstigung mag einige Schwierigkeiten bieten [135]). Aber abgesehen davon, daß dieser Gesichtspunkt zu allgemein ist — er kann nicht einmal unter rechtlich bestimmbare Formen der Strafausschließungsgründe im weitesten Sinne untergeordnet werden — dürfen Schwierigkeiten der Abgrenzung nicht Veranlassung geben, immerhin vorhandene Grenzen überhaupt zu leugnen [136]).

Der „Grundsatz der Praktikabilität" kann demnach nicht durchgreifen. Inwieweit aber andere Gründe, etwa der angeführte „Wille des Gesetzes", zur Rechtfertigung der sogen. Ausnahmen Verwendung finden können, wird anderweit zu prüfen sein.

c) Der Grundsatz der Zweckmäßigkeit.

In der letzten Gruppe der — teleologischen — Begründungen, die im Schrifttum für die sogen. Ausnahmen von der Teilnahmelehre aufgestellt worden sind, sollen endlich diejenigen Ansichten zusammengefaßt werden, die sich bei der Annahme der Straflosigkeit der Teilnahme irgendwie auf allgemeine Zweckmäßigkeitserwägungen gestützt haben. Die Unterarten, die hierbei aufgetaucht sind, sind recht mannigfaltig. Man hat z. B. versucht, die Straflosigkeit aus dem Wesen und der Natur des Delikts, aus der Fassung, dem Willen oder dem Zwecke

---

[132]) v. Bar S. 729.
[133]) Vogels S. 24 f.
[134]) Dalcke S. 347; Jaeger und Neumeyer bei Vogels S. 33.
[135]) Stenglein S. 493/4; Jaeger bei Vogels S. 33; M. E. Mayer, Gefbefrg. S. 27; Süßheim bei Hegler S. 1601.
[136]) So auch Hegler S. 1601.

des Gesetzes herzuleiten, oder aber man hat sich lediglich mit der Anführung ganz allgemeiner Ausdrücke begnügt, die nur eine Kritik des entgegengesetzten Ergebnisses darstellen. Jedoch kann mit keinem der zu erörternden Gründe darauf Anspruch erhoben werden, daß damit eine rechtlich einwandfreie Lösung des Problems gelungen wäre. Mit keiner der zahlreichen Begründungen dieser Gruppe lassen sich die angeblichen Ausnahmen rechtfertigen. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, daß die einzelnen Begründungen dieser Gruppe oder auch mit anderen Gruppen zusammengefaßt werden, wie z. B. bei v. Hippel[137]), der auf den Sinn, den Zweck und den Zusammenhang der Gesetze hinweist.

So hat man geglaubt, aus der Fassung der betr. Gesetzesvorschrift oder deren Zusammenhang[138]) gewisse Schlüsse ziehen zu dürfen. V. Kries[139]) z. B. leitet die Straflosigkeit für die Delikte mit notwendiger Teilnahme aus der Fassung des Gesetzes bezw. aus dem Zusammenhang seiner Bestimmungen her. Wo aus der Fassung des Gesetzes oder aus dem Zusammenhang seiner Bestimmungen entnommen werden könne, daß bestimmte Personen straflos sein sollen, dürfe die Straflosigkeit dieser Personen nicht dadurch vereitelt werden, daß man sie als Teilnehmer an dem Verbrechen anderer Personen behandele[140]). Bei der Beamtenbestechung und der Begünstigung des § 243 KO z. B. sei immer die aktive und passive Seite auseinander gehalten. Die eine Seite werde immer da gestraft, wo es der Gesetzgeber für erforderlich halte. Sei aber die Gegenseite als Täterschaft nicht mit Strafe bedroht, dann habe sie überhaupt straffrei zu bleiben. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt unter anderen Freudenthal[141]). Im § 109 StGB seien z. B. zwei selbständige Delikte gegeben. Wenn aber nur eine Seite der notwendigen Tätigkeiten für strafbar erklärt sei, in einem ähnlich liegenden Fall jedoch beide, dann sei damit gesagt, daß die nicht bedrohte Tätigkeit überhaupt straflos sein solle. Eine nähere Begründung wird jedoch nicht angeführt. Allerdings wird mitunter zur Unterstützung dieser Ansicht dann noch der angebliche „Wille des Gesetzes oder des Gesetzgebers" herangezogen, der zum Ausdruck bringe, daß die nicht unter Strafe gestellte Person überhaupt — als Täter und auch als Teilnehmer — straflos bleiben sollte.

Auch Brandes[142]) beruft sich auf die Fassung des Gesetzes und stellt dabei einen Grundsatz auf, der alle „Ausnahmen" umgrenze und für sämtliche Fälle einen brauchbaren Weg zur Lösung zeige. Da aber der Begriff der notwendigen Teilnahme nichts darüber aussage, wie die über das Maß der notwendigen Teilnahme hinausgehende Beteiligung strafrechtlich zu behandeln sei, sondern nur darüber, daß eine notwendige Teilnahmehandlung nicht ausdrücklich unter Strafe gestellt sei, lehnt er diesen Begriff zur Aufstellung eines Grundsatzes ab. Entscheidend sei vielmehr, daß „irgendwie" „der Wille des Gesetzgebers" erkennbar hervortrete, daß jemand zusammen mit einem anderen —

---

[137]) v. Hippel, Strafrecht II S. 487 zu 3), Lehrbuch S. 169 zu 3).
[138]) Liszt S. 346 zu 3).
[139]) v. Kries S. 546 ff. und Frassati S. 461.
[140]) Ähnlich Geyer S. 319. Vgl. aber dagegen seine bereits angeführte Erklärung der „Ausnahmen" aus der Beziehung der Täterschaft zur Teilnahme.
[141]) Freudenthal, Wahlbestechung S. 42; ähnlich Koehler S. 507.
[142]) Brandes S. 50, ähnlich Schwarz S. 127.

gleichgültig ob in notwendigem oder nicht notwendigem Zusammenwirken — das Delikt begehen kann, ohne dafür Strafe fürchten zu müssen.

Abgesehen davon, daß für die Annahme der Straflosigkeit der Teilnahme aus dem „Willen des Gesetzes" eine eigentliche Begründung fehlt, gehört dieser Grund auch nicht hierher, sondern wird erst später zu erörtern sein. Aber auch mit der Verbindung des — schon erwähnten — Plus-Minus-Verhältnisses [143]) ist nichts gebessert. Und endlich läßt sich nach der bei Brandes[144])selbst vertretenen Meinung, die allerdings seiner eben angeführten Ansicht durchaus widerspricht, nicht folgern, daß „in solchen Fällen notwendiger Teilnahme die nicht unter Strafe gestellte Person überhaupt nicht sich an dem Delikte in strafbarer Weise beteiligen könne". Mit dieser Annahme gehe man über den „Willen des Gesetzes" hinaus. Man müsse vielmehr sagen: da das Gesetz sich auch in den Fällen notwendiger Teilnahme, wo es nur eine Person unter Strafe stelle, bewußt gewesen sei, daß bei Vornahme der unter Strafe gestellten Handlung die Mitwirkung der zweiten Person notwendig erforderlich ist, so sollte diese notwendige Mitwirkung straflos bleiben. Nicht aber könne man sagen, daß diese Person, auch wenn die Mitwirkung über die notwendige Teilnahme hinausgehe, überhaupt straflos bleiben sollte. „Geht die Mitwirkung über das Maß des zur Vollendung des Delikts Notwendigen hinaus, so liegt eben keine notwendige, sondern freiwillige Teilnahme vor und es ist nicht einzusehen, weshalb dann an und für sich nicht die gewöhnlichen Grundsätze über Teilnahme zur Anwendung kommen sollen".

Damit aber dürfte eine Herleitung der angeblichen „Ausnahmen" aus der Gesetzesfassung gerichtet sein. Aus der Fassung der Strafbestimmungen oder aus ihrer systematischen Anordnung ist kein Schluß möglich, daß die Straffreiheit auch die Teilnahme betreffen soll. Ein Strafausschließungsgrund ist — mangels Tatbestandes — aus der Systematik der gesetzlichen Vorschriften allein für die „nichtvertypten" Tätigkeiten zu rechtfertigen, für eine über diese Handlungen hinausgehende Teilnahme dagegen nicht.

So ist z. B. aus § 331 StGB zu entnehmen, daß nur das Gewähren von Vorteilen für eine nichtpflichtwidrige Handlung straflos ist. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß auch eine Anstiftung zur Straftat des § 331 StGB auf jeden Fall straffrei zu bleiben hat. Auch sind z. B. nur die Selbstverletzung, Selbstbefreiung usw. im Gesetz nicht bedroht; eine etwaige Straflosigkeit der Teilnahme zur Verletzung oder Befreiung, die von anderen Personen begangen werden, ist dadurch nicht zum Ausdruck gebracht. Aus der Fassung des Gesetzes können demnach die angeblichen „Ausnahmen" nicht hergeleitet werden.

Was nun die bereits oft erwähnte Rechtfertigung der Straflosigkeit des Teilnehmers aus dem „Willen des Gesetzes oder des Gesetzgebers" [145]) betrifft, so hat schon Geyer [146]) darauf hingewiesen, daß

[143]) Diese wird bei Brandes S. 48 besonders deutlich. Vgl. oben S. 73.

[144]) Brandes S. 31/32, vgl. auch Brandes S. 37/38.

[145]) So Hoberg S. 87. Trotzdem dieser Grund „den für unsere Frage allein in Betracht kommenden Erkenntnisgrund bildet", beruft er sich auch auf die angebliche Subsidiarität. Vgl. S. 89. Vgl. auch Beling, Grundriß S. 62; Merkel, Ad. S. 148 zu c); Paul Merkel S. 186; Vogels S. 25.

[146]) Geyer S. 319.

das Gesetz „vernünftigerweise" nicht wollen könne, daß der Gefangene z. B., wenn er selbst, die Hauptrolle übernehmend, sich befreie, während ein anderer ihm dabei vorsätzlich behilflich sei, straffrei bleibe, daß er aber, wenn er umgekehrt nur die Gehilfenrolle übernehme, gestraft werde. Auch Zadek und Dalcke[147]) stellen es bei der Erörterung der „Ausnahmen" auf den Willen des Gesetzes ab. Ausgangspunkt sind dabei die Delikte mit notwendiger Teilnahme. Bei diesen Verbrechen liege ein besonderer Anlaß vor, daß der Gesetzgeber sich auch über die Anwendbarkeit der Teilnahmeregeln geäußert hätte. Weil dies nicht der Fall sei, so könne aus dem Gegenteil gefolgert werden, daß der notwendig Beteiligte auch als Teilnehmer straflos sein solle. Wenn der Gesetzgeber den notwendig mitwirkenden Teilnehmer hätte für strafbar erklären wollen, dann hätte er dies auch zum Ausdruck gebracht. Es wäre dann eine besondere Strafbestimmung ausgestellt worden[148]). Aus dem „Willen des Gesetzes oder des Gesetzgebers" soll sich also ergeben, daß es unzulässig ist, die Strafbarkeit der Teilnahme durch Anwendung der Grundsätze über die sogen. freiwillige Teilnahme auf einem Umwege doch wieder herbeizuführen[149]). Dieser gesetzgeberische Wille dürfe nicht durch Anwendung von Teilnahmetatbeständen durchkreuzt werden[150]).

Daß unter vielen anderen auch Freudenthal, Brandes, Vogels den angeblichen „Willen des Gesetzes" — Vogels bezeichnet diesen Grund als den „inneren", der der „entscheidende" sei[151]) — als maßgeblich erachten, ist bereits dargetan worden.

Soweit man sich nun in diesen Fällen, insbesondere bei der Gläubigerbegünstigung, auf die Geschichte oder die Motive beruft, ist gegen diese Auffassung zu bemerken, daß allerdings die Motive davon sprechen, daß der Gläubiger, der „sein Recht verfolge", nicht gestraft werden könne. Jedoch ist nichts darüber gesagt, wann dies im einzelnen geschieht. Es ergibt sich keinerlei Anhaltspunkt dafür, daß auch die über die Annahme der Begünstigung hinausgehende Tätigkeit straffrei sein solle, daß der Wille der Vorschrift tatsächlich so weit gehe, dafür eine Straflosigkeit eintreten zu lassen[152]).

Wenn weiterhin behauptet wird, es hieße den „Willen des Gesetzes" umkehren, wenn man z. B. den Gläubiger als Teilnehmer strafen wollte[153]), so wird dabei gerade das als „Wille des Gesetzes" hingestellt, was erst noch zu beweisen wäre; denn der eigentliche „Wille des Gesetzes" ist gerade nicht angegeben. Damit aber ist diese Begrün-

---

[147]) Zadek S. 564 f.; Dalcke S. 344/7 unter Berufung auf die Motive zur KO; Brandes S. 27; Vogels S. 28; vgl. auch Blesse S. 31 u. Anm. 51.

[148]) Zadek S. 572/3; Vogels S. 29 und S. 45.

[149]) Reichart S. 326 (Motive); Kellner S. 76; Vogels S. 33, 43, 46, dagegen Vogels S. 50; Geyer S. 319 und auch Blesse S. 32.

[150]) So Bergen S. 97.

[151]) Vogels S. 70.

[152]) Vgl. hierzu Blesse S. 32; Brandes S. 33. Nach Blesse S. 25 würde diese Begründung — wegen Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens — einen Schuldausschließungsgrund gewähren. Auch Blesse S. 33/34.

[153]) Vgl. außer dem bereits angeführten Schrifttum noch die Nachweise bei Blesse S. 33 Anm. 65.

dung — als sogen. petitio principii [154]) — wertlos und nicht geeignet, die angeblichen Ausnahmen zu rechtfertigen.

Für den angeblichen „gesetzgeberischen Willen" darf — nach Bergen [155]) — die entscheidende Bedeutung der Fassung der strafrechtlichen Tatbestände nicht verkannt werden. Grundlage der Auslegung müsse die Gesetzesfassung sein. Denn dem Gesetzgeber stehe das Recht zu, „nach seinem Willen Straftatbestände zu bilden und ein Verhalten zu poenalisieren, das entweder mehrere Handlungen zusammenfaßt oder zerreißt" [156]). Darum bedeute es ein „eigenmächtiges Vorgehen und keine Gesetzesanwendung, wenn man die Fassung der Tatbestände nicht den Ausschlag geben läßt" [157]). Das Gesetz allein sei für die Aufstellung der Verbrechenstatbestände und deren Auslegung entscheidend.

Stelle man es also auf den Charakter der Teilnahmetatbestände ab, die „als unselbständige Ergänzungstatbestände" aufzufassen seien, dann erhalte man — im Gegensatz zu der bereits erwähnten Begründung mittels Subsidiarität — eine einfachere Lösung [158]). Aus einem Vergleich mit den sogen. Begegnungsdelikten habe sich — bei Bergen — gezeigt, daß die Mitwirkung beider notwendig Beteiligten ihrem Wesen nach die eines Täters sei. Wenn auch nur eine Person mit Strafe bedroht sei, während die andere als Täter straffrei gelassen sei, so zeige der Gesetzgeber seinen Willen nicht allein daraus, daß der selbständige Straftatbestand auf die eine Person gerade nicht zur Anwendung gebracht werden solle, sondern er mache es auch unmöglich, auf sie einen Teilnahmetatbestand anzuwenden, dessen Anwendung nur mit jenem zusammen erfolgen könne.

Hiergegen ist jedoch zu bemerken, daß die Teilnahme lediglich Beteiligung an einer fremden strafbaren Handlung ist, unabhängig von der Frage, ob die Handlung auch für den Teilnehmer als Täterschaft strafbar ist oder nicht — jedoch mit der Einschränkung, daß — wie nachgewiesen — eine Teilnahme des aus dem Wesen des Delikts als Täter Straflosen allerdings nicht in Betracht kommen kann.

Aber auch für die Delikte, bei denen das straflose Tatsubjekt auch zugleich Tatobjekt ist, sei nach Bergen [159]) dieser gesetzgeberische Wille maßgebend [160]). Es ergebe sich aus der Gesetzesfassung „anerkanntermaßen" der gesetzgeberische Wille dahin, daß das Tatobjekt nicht Täter, also Tatsubjekt, sein solle; weiterhin könne aber auch aus dem gleichen Grunde das Tatobjekt nicht Tatsubjekt als Teilnehmer sein. „Denn die Teilnahmebestimmungen dürfen keineswegs dazu benutzt werden, eine Person, welcher der besondere Verbrechenstatbestand absichtlich nur die Eigenschaft eines Objekts beigelegt hat, von sich aus selbständig zum Tatsubjekt umzuwandeln. Man würde in unstatthafter Weise die Teilnahme von der Haupttat lösen oder nicht

---

[154]) So Vogels S. 50; Blesse S. 33, 51; auch Bar S. 728 und Vogels S. 24, der diesen Grund als einen „dialektischen" bezeichnet.

[155]) Bergen S. 85 und S. 89.

[156]) Bergen S. 51.

[157]) Bergen S. 51/52. Vgl. auch die Nachweise in Anm. 18 und Bergen S. 92.

[158]) So Bergen S. 91.

[159]) Bergen S. 91/92.

[160]) Bergen S. 95/96.

genügend die Natur der Teilnahmetatbestände als Ergänzungstatbestände berücksichtigen, wollte man sich dieser Begründung verschließen". Man könne zwar nicht daraus, daß die eine notwendig beteiligte Person als Täter straflos gelassen ist, auf deren Straflosigkeit als Teilnehmer schließen; jedoch sei hier der Schluß berechtigt, daß diejenige Person, die wegen ihrer Eigenschaft als Tatobjekt überhaupt unfähig sei, Täter zu sein, ebenfalls der Teilnahme unfähig sein müsse.

Daß dieser Grund allerdings für die Delikte ohne Teilnahmeproblem durchaus Geltung besitzt, ist bereits nachgewiesen[161]). Bei den sogen. Ausnahmedelikten könnte aber der als Täter Straflose an sich immer auch strafbarer Täter des Delikts sein. Dies hatte sich aus der Untersuchung der Verbrechenstatbestände ergeben. Demnach läßt sich auch diese Begründung Bergens nicht halten.

Die eigentliche Begründung, die einfacher als die eben erwähnten sei, gibt Bergen von „einem beiden Arten (der Verbrechen) übergeordneten Standpunkt" aus[162]). Dabei findet aber der „gesetzgeberische Wille" gleichfalls Verwendung. Maßgeblich sei nämlich der Umstand der notwendigen Beteiligung, der für beide Verbrechensgruppen zutreffe. Der Gesetzgeber habe eben zweierlei Möglichkeiten, eine am besonderen Verbrechenstatbestand notwendig beteiligte Person vor Strafe zu schützen. Er könne sie einmal als mitwirkendes Subjekt bei Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung auffassen, ohne eine Strafdrohung gegen sie zu richten; er könne sie aber auch andererseits durch die Fassung der Gesetzesbestimmung zum bloßen Objekt der Straftat erklären. In beiden Fällen sei die notwendig beteiligte Person in strafrechtlicher Hinsicht besonders gewürdigt, jedoch auf ihre Strafbarkeit verzichtet worden. Dieser gesetzgeberische Wille dürfe nicht durch Anwendung von Teilnahmetatbeständen durchkreuzt werden. Daraus ergebe sich aber, daß eine Prüfung der Frage im Einzelfall nicht notwendig sei, ob der notwendig Beteiligte strafloses Subjekt oder Objekt sei; die Untersuchung der Fassung des Gesetzes und dabei der Frage, wie der Gesetzgeber zum Ausdruck bringe, daß er an einer Bestrafung der einen Person in keiner Weise ein Interesse habe, sei unter diesem Gesichtspunkt überflüssig. Festzustellen sei lediglich, daß eine am besonderen Verbrechenstatbestand notwendig beteiligte Person nicht ausdrücklich unter Strafe gestellt sei, um zu wissen, daß sie als Täter ebensowenig wie als Teilnehmer dieses Verbrechens in Betracht komme.

Gegen diese Begründung Bergens — und auch gegen die bereits angeführten — ist wohl als schwerwiegendstes Bedenken der Umstand anzuführen, daß aus dem Schweigen des Gesetzes über die Anwendung der Teilnahmevorschriften — und zwar nicht allein auf dem Gebiete der sogen. notwendigen Teilnahme, sondern ganz allgemein in sämtlichen Fällen — sich in keiner Weise folgern läßt, daß diese überhaupt nicht anwendbar sein sollen. Gerade das Gegenteil dürfte anzunehmen sein. Denn in den vorliegenden Fällen wird eine „Ausnahme" von der Anwendung allgemein anwendbarer Regeln, der Teilnahmevorschriften, behauptet. Soll aber tatsächlich ein Ausschluß dieser Bestimmungen angenommen werden, so hätte dies irgendwie im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden müssen. Allerdings fällt die Bestrafung einer Handlung als Täterschaft mangels „Vertypung" fort. Will man aber eine

---

[161]) Vgl. oben S. 39 ff.

[162]) Vgl. (und auch zum Folgenden) Bergen S. 97.

Straflosigkeit des als Täter Straflosen auch für seine Teilnahme rechtfertigen, dann hätte diese im Gesetz als Ausschlußvorschrift berücksichtigt werden müssen, wenn sie Wille des Gesetzes gewesen sein sollte. Denn „wie nach dem Gesetz die Anstiftung zu einer strafbaren Handlung straflos sein könnte, ist nicht einzusehen, während es eine ganz andere Frage ist, ob es nicht die richtige Konsequenz der straflosen Selbstbefreiung wäre, den zu seiner Befreiung anstiftenden Gefangenen für straflos zu erklären" [163]). „Die Unanwendbarkeit der Grundsätze von der Teilnahme auf die notwendige und vom Gesetz nicht mit Strafe bedrohte Mitwirkung bei einer strafbaren Handlung greift natürlich nicht weiter, als jene Mitwirkung zur Herstellung des Verbrechenstatbestandes unbedingt notwendig ist. Wird diese Grenze überschritten, so hindert nichts, auf das überschreitende Maß die Grundsätze von der Teilnahme zur Anwendung zu bringen"[164]). Kommt der „Wille des Gesetzes", der überdies selbst nicht — auch bei Bergen nicht — völlig einwandfrei gekennzeichnet wird, für eine Straflosigkeit der Teilnahme nicht deutlich zum Ausdruck, dann könnten doch nur andere Gründe, z. B. persönliche Strafausschließungsgründe, untersucht werden, die den Teilnehmer straflos lassen. Gerade diese Prüfung fehlt aber bei sämtlichen Vertretern dieser Gruppe. Derartige Gründe werden bei keiner Darstellung für diese Fälle erwähnt [165]). Man beschränkt sich allgemein auf die Aufstellung von „Glaubenssätzen", für die eine „scharfe juristische Begründung" [166]) jedoch nicht gegeben worden ist.

Weiterhin ist im Schrifttum auch behauptet worden, daß die Straflosigkeit der Teilnahme sich nur daraus ergeben könne, daß man auf den „Zweck" der einzelnen Strafvorschrift, diesen Personen Schutz zu gewähren, hinweise. Diese Begründung gilt insbesondere für den ersten der von Kries'schen Grundsätze [167]), für die sogen. Schutzgesetze, und ist — abgesehen von Coenders — allgemein anerkannt worden. Wenn dann aber v. Kries selbst im Anschluß an diese Begründung die angebliche Härte des Gesetzes hervorhebt, so zieht er damit gleichzeitig Billigkeitserwägungen heran, die hier auszuscheiden haben und überdies auf ihren Wahrheitsgehalt bereits geprüft worden sind.

Nach v. Kries kann sich ein Verbot, das nur die Verletzung und Gefährdung eines Dritten verbietet, um diesem Schutz zuteil werden zu lassen, ihn also ausschließlich als Schutzobjekt behandelt, nicht gleichzeitig gegen ihn als einen von dem Schutzobjekt verschiedenen Handelnden richten. In diesen Fällen sollen — so geht v. Kries in seiner Begründung weiter — die Personen, zu deren Schutz ein Strafgesetz erlassen ist, nicht „von der Schärfe des Gesetzes", das sich nicht gegen sie richte, getroffen werden.

Im Schrifttum hat dieser Grundsatz, auch soweit er auf bloßer Nachsicht und auf Billigkeitserwägungen beruht, allgemein Anerkennung gefunden. Es erübrigt sich daher die vollzählige Anführung der hierher gehörigen Vertreter [168]). Die Zusammenstellung des Schrifttums

[163]) So Hälschner Bd. 2 S. 960.
[164]) So Borchert S. 22.
[165]) So auch Blesse S. 31.
[166]) Brandes S. 13.
[167]) v. Kries S. 528.
[168]) Vgl. u. v. a. Vogels S. 11 ff.; Brandes S. 34 ff.; Blesse S. 40. Besonders kraß Fuchs, JW 1927/2629: „Es ist falsch nach dem vernünftig

würde aber auch insofern auf Schwierigkeiten stoßen, als die Begriffsbestimmung des „Schutzgesetzes" recht bestritten ist und außerdem die verschiedenen hierher zu rechnenden Delikte auch noch in die übrigen beiden der von Kries' schen Kategorien einbezogen werden können und oftmals tatsächlich den anderen Gruppen zugerechnet worden sind.

Auch das Reichsgericht hat diesen recht allgemeinen Grundsatz für die sogen. Schutzgesetze anerkannt, allerdings nur in einer einzigen Entscheidung[169]). In einem neueren Erkenntnis[170]), das eine andere Gruppe der sogen. Ausnahmen (insbesondere § 241 KO) behandelt, wird diese frühere Entscheidung lediglich miterwähnt. Der Grund dafür, daß sich das Reichsgericht mit dieser Frage im Falle der sogen. Schutzgesetze erst so wenig beschäftigt habe, sei — nach Vogels[171]) — klar: „weil Fälle dieser Art nicht zur Kognition des höchsten Gerichtshofes zu gelangen pflegen, da sie insofern eines praktischen Interesses entbehren, als niemand daran denkt, jene Personen wegen Teilnahme an der sie schädigenden Handlung zur Verantwortung zu ziehen und sie zu verurteilen; denn in der Tat wird man jenen Satz als richtig anerkennen müssen, wenn sich auch nicht verkennen läßt, daß die Handlung des Geschützten zwar an sich dem Teilnahmebegriff subsumierbar ist".

Das Reichsgericht selbst bemerkt zu der Teilnahme des Geschützten im Falle der Schutzgesetze[172]): „Die §§ 47 bis 50 StGB lassen der Regel nach eine Anwendung auf diejenigen Personen nicht zu, zu deren Schutze die einzelnen Strafvorschriften erlassen sind. So ist es im Falle des § 301 StGB schlechterdings undenkbar, daß nach Absicht des Gesetzgebers der Minderjährige, um dessen Ausbeutung es sich handelt, wegen Anstiftung oder Beihilfe bestraft werden soll. Ebenso wird in den meisten Fällen des Wuchers (§ 302 a StGB) die Tätigkeit des Bewucherten nach dem Wortlaute der §§ 47—50 als Teilnahme sich darstellen; gleichwohl kann darüber kein Zweifel obwalten, daß eine Bestrafung des Bewucherten nicht gewollt ist. Ähnlich liegen die Fälle einer Mitwirkung der unter einer Obhut oder einem Gewaltverhältnisse stehenden Personen an den in §§ 174 Nr. 1—3, 181 Nr. 2 vorgesehenen Verbrechen. In allen solchen Fällen ist eine Mitwirkung des unter Strafschutz gestellten Objekts straffrei. Auch § 235 bezweckt wenigstens mittelbar den Schutz des Minderjährigen; in ihrem Interesse werden die Rechte der Autoritätsperson gegen Eingriffe Dritter, nicht gegen Eingriffe der unter Strafschutz gestellten Minderjährigen geschützt, letztere können daher weder als Täter noch als Teilnehmer der in § 235 vorgesehenen Straftat zur Verantwortung gezogen werden". Während das Reichsgericht es im ersten Teil dieses Erkenntnisses auf die „Absicht des Gesetzgebers" abstellt, soll in der zweiten Hälfte der Entscheidung der „Zweck des Gesetzes" für eine Straflosigkeit sprechen.

zu unterstellenden Sinn und Zweck des § 241 KO die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe einfach auf den Gläubiger anzuwenden".

[169]) RGE 18/273.

[170]) RGE 61/315.

[171]) Vgl. u. v. a. Vogels S. 12. Ähnlich Romeiss S. 384: „Fälle dieser Art werden kaum je an das RG gelangen, da die Praxis feststeht und auch von der Literatur gebilligt wird".

[172]) RGE 18/281.

Die Straflosigkeit der in Frage stehenden Teilnahme wird demnach ganz allgemein aus dem Zweck, dem Wesen oder der inneren Natur des Delikts zu begründen unternommen.

Diese Form der Begründung tritt denn auch in dem der reichsgerichtlichen Auffassung folgenden Schrifttum mehr oder weniger offen hervor. Insbesondere wird diese Meinung darauf gestützt, daß „ein Verhältnis, wonach dieselbe Person zugleich Subjekt und Objekt einer strafbaren Handlung wäre, juristisch nicht denkbar ist" [173]). Oder aber es soll — nach Kohler [174]) — Fälle geben, „in welchen das dem Dritten zugängliche Rechtsgut dem Selbstbeteiligten strafrechtlich unerreichbar ist und von ihm nicht verletzt werden kann".

Es soll sich also neben dem Zweck des Gesetzes auch aus dem Wesen und der inneren Natur des Schutzgesetzes ergeben, daß die geschützte Person niemals als Träger oder Teilnehmer aufgefaßt werden kann [175]). Eine Beteiligung an derartigen Delikten soll nicht nur straffrei, sondern sogar rechtlich unmöglich sein [176]). Die Person, die wegen ihrer Eigenschaft als Schutzobjekt überhaupt unfähig sei, Täter zu sein, müsse ebenfalls der Teilnahme unfähig sein [177]). Jedoch soll sich dies auch erst wieder auf dem Umwege über den „Willen des Gesetzes" ergeben [178]).

Gegen eine derartige „Begründung" ist zunächst einmal einzuwenden, daß dieser Grundsatz in Wahrheit rechtlich überhaupt nicht begründet worden ist. Es ist lediglich der Satz aufgestellt worden, daß die Teilnahme des Geschützten im Falle der sogen. Schutzgesetze straflos sein soll. So hebt denn auch Freudenthal [179]) — mit Recht — hervor, daß hier lediglich ein „Glaubenssatz" Verwendung gefunden habe. Es ergebe sich auch bei v. Kries aus keiner Erörterung, aus welchem Grunde sich die Schärfe des Gesetzes überhaupt nicht gegen die geschützte Person richten könne.

Soweit die Straflosigkeit der Teilnahme auf dem Wesen und der inneren Natur des Delikts, die sie rechtlich als unmöglich erscheinen lasse, beruhen soll, ist festzustellen, daß grundsätzlich bei sämtlichen Verbrechen die Möglichkeit einer Teilnahme des Geschützten an sich denkbar ist, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Teilnahmebestimmungen vorliegen. Wie bereits nachgewiesen worden ist [180]), ergibt sich aus dem Wesen der Delikte selbst oder aus dem Gesetz unmittelbar kein Anhaltspunkt dafür, daß die Teilnahme etwa unmöglich ist.

---

[173]) So Vogels S. 14.

[174]) Kohler, GA 58/4, Strafrechtl. Studien I S. 136/137; Gerland S. 409.

[175]) So besonders Bohne S. 471: „Die innere Natur des Delikts spricht gegen eine Teilnahmemöglichkeit, d. h. das Wesen des Schutzobjekts". Daneben begründet er die Straflosigkeit auch aus dem Zweck (S. 473) und aus der Subsidiarität (S. 472); vgl. auch Brandes S. 25/26 betr. Kuppelei. Tatsächlich stellt er es hierbei auf den Willen des Teilnehmers ab, seine eigene Unzucht zu fördern.

[176]) Vgl. vor allem Bergen S. 92 ff. und dazu oben S. 39 und S. 46 ff.

[177]) Bergen S. 96 und M. E. Mayer Strafrecht S. 387.

[178]) Bergen S. 97 und oben S. 86 ff.

[179]) Freudenthal S. 97 und S. 102.

[180]) Oben S. 42 ff.

Außerdem aber erheben sich auch gerade bei der Berücksichtigung des Schutzgesetzes als Wesensmerkmal dieses Grundsatzes — neben der streitigen Zuteilung der Einzelfälle zu dieser Kategorie — schon aus der Verschiedenartigkeit der Begriffsbestimmung des sogen. Schutzgesetzes große Bedenken, die Ablehnung dieses Begriffes als Einteilungsmerkmal rechtfertigen lassen. Zwar soll sich mit Hilfe der Rechtsgutlehre feststellen lassen, in welchem Falle der Schutz einer Person bezweckt wird[181]). Es ist aber Freudenthal[182]) durchaus zuzustimmen, wenn er die Rechtsgutlehre für die Rechtfertigung einer Straflosigkeit der vorliegenden Fälle möglicher „Ausnahmen" für nicht verwendbar erachtet.

Bei der Zurechnung der einzelnen Delikte ergeben sich oftmals Schwierigkeiten; denn es ist nicht immer einwandfrei geklärt, welches Rechtsgut im Einzelfall tatsächlich geschützt wird. So erheben denn auch die Vertreter dieser Ansicht selbst in einigen Fällen Zweifel darüber, wer im bestimmten Fall eigentlich geschützt wird[183]).

Läßt sich aber noch nicht einmal das Schutzobjekt eindeutig nachweisen, dann ist auch dieser Leitsatz für eine Einteilung nicht verwertbar.

Aber auch als Begründung eines Teiles der sogen. Ausnahmen ist dieser Satz nicht zu verwenden. Wenn man nämlich die an sich mögliche Teilnahme in diesen Fällen aus dem Zweck des Gesetzes heraus straflos lassen will, dann könnte dies nur mittels Gewährung eines persönlichen Strafausschließungsgrundes möglich sein. Das Vorliegen eines derartigen Grundes, der diese „Ausnahmen" berechtigt erscheinen ließe, ist jedoch recht zweifelhaft.

Allerdings hat nun Blesse[184]) behauptet, daß in diesen Fällen „der Schutz um jeden Preis bezweckt" sei; die Strafvorschrift schütze die ausgebeuteten Personen z. B. derart, daß sie auch selbst auf diesen Schutz nicht rechtswirksam verzichten können. Es soll „auf der Hand liegen", daß in solchem Falle das Tatobjekt auch dann nicht strafwürdig handelt, wenn es Urheber der Tätigkeit des Ausbeuters geworden sei. Warum aber gerade in diesen Fällen der Schutz „um jeden Preis" bezweckt sein soll, gibt Blesse nicht an. Daher dürfte in dieser Form der Grundsatz — mangels einer rechtlichen Begründung — nicht zu halten sein.

Es ist aber weiterhin zu berücksichtigen, daß nach der gesetzlichen Fassung selbst eine Teilnahme durchaus zugelassen ist. Das Rechtsgut ist für den Geschützten zwar „unerreichbar", jedoch nur in dem Sinne, daß er nicht strafbarer Täter sein kann. An sich könnte der Geschützte sich selbst verletzen. Diese Selbstverletzung könnte auch als Straftat aufgefaßt werden. Lediglich mangels Tatbestandes ist sie im geltenden Recht nicht als strafbare Handlung erfaßt. In der Gesetzesfassung ist auch kein Anhaltspunkt für eine Deutung des Gesetzes dahin angegeben, daß die Teilnahme des Geschützten an einer fremden strafbaren

[181]) Vgl. u. v. a. Blesse S. 40.

[182]) Freudenthal S. 117.

[183]) Vgl. z. B. Brandes S. 55, 58/59 und dort Anm. 2 betr. §§ 235, 237 StGB, die wenigstens mittelbar den Schutz der minderjährigen Person bezwecken, Vogels S. 15/16. Eingehender Brandes S. 36 f.; Vogels S. 18; LK § 301 Anm. 1 und betr. der Zurechnung des § 180 StGB oben S. 60 und auch Blesse S. 43.

[184]) Blesse S. 40.

Handlung, die gegen ihn gerichtet ist, straflos sein müsse. Es ist wohl denkbar, daß die sogen. Schutzgesetze in ihrem Zweck keineswegs so weit gehen, daß sie diese Personen auch schützen, wenn die Schutzmaßnahmen über diesen Rahmen hinaus mißbraucht werden [185]). In den Fällen, in denen jemand vor den Folgen seines eigenen Leichtsinns, seiner Unerfahrenheit oder eines anderen sich selbst schädigenden, aber in der Regel verzeihlichen Verhaltens bewahrt werden soll, ist — nach Bergen [186]) — und meines Erachtens mit Recht — die Einwilligung des Verletzten unbeachtlich. Die Handlung des Angreifers bleibt rechtswidrig und strafbar. Diese Tatsache könne aber —nach Bergen — leicht einen Mißbrauch der Gesetzesvorschrift derart hervorrufen, daß die geschützte Person in Kenntnis der Sachlage und mit Schuldbewußtsein einen anderen zur Vornahme der unter Strafe gestellten Handlung bestimmt, so zum Beispiel, wenn die Pflegebefohlenen aus eigensüchtigen Motiven den Vormund zur Vornahme unzüchtiger Handlungen veranlassen. Da nun ausschließlich allgemeine Erwägungen zu dem behaupteten Ergebnis führen, so könne man auch — „besonders vom Standpunkt allgemeiner Erwägungen aus" — sehr wohl behaupten, daß bei Straflosigkeit der geschützten Person in jedem und daher auch in einem solchen Falle „geradezu die Denunziation und Erpressung begünstigt" werde. Dann könne man aber nicht mehr davon sprechen, daß es „unbillig wäre, wenn sich die Schärfe des Gesetzes gegen eine Person richtet, die — in concreto schutzunwürdig — nur die Schutzvorschrift mißbraucht". Jedenfalls lasse sich nach Bergen durch diese Bedenken, „die zugestandenermaßen nur Ausnahmefälle betreffen", die Stichhaltigkeit der Begründung bezweifeln, die sich in verallgemeinernder Weise auf Zweckmäßigkeitsgründe berufe [187]).

Die Annahme einer allgemeinen Straflosigkeit der Teilnahme in diesen Fällen kann demnach nicht befürwortet werden. Es ist auch hier wieder zu bedenken, daß der Geschützte — wenn man überhaupt den Begriff des Schutzgesetzes verwenden will — als Teilnehmer an einer fremden strafbaren Handlung mitwirkt. Die unzüchtige Handlung z. B., die ein Minderjähriger an sich selbst vornimmt, ist durchaus verschieden von derjenigen, die eine andere Person an ihm vornimmt. Die Teilnahme des Minderjährigen an einer derartigen Straftat (§ 174 Ziffer 1 StGB) muß nach allgemeinen Regeln strafbar sein. Daß er durch diese Beteiligung die Tat nicht selbst begeht, wurde schon nachgewiesen; die Teilnahme ist nicht der Täterschaft gleichzusetzen.

Daß dieses Ergebnis auch nicht etwa „unbillig" ist, ergibt sich — außer den bereits erwähnten Gründen — aus folgenden Erwägungen. Abgesehen davon, daß derartige Fälle selten vorkommen, geben die Vorschriften des Jugendgerichtsgesetzes eine ausreichende Handhabe dafür, besonders gelagerte, milder zu beurteilende Fälle in ihrer minderen Strafwürdigkeit zu berücksichtigen; denn es handelt sich hierbei in der Hauptsache um solche Straftaten, die an Jugendlichen begangen werden. Der Jugendliche selbst ist aber bis zu seinem vierzehnten Jahre überhaupt nicht strafbar; der Grund seiner Straflosigkeit, über den das Jugendgerichtsgesetz selbst schweigt, kann hier außer Betracht bleiben. Es ist hier gleichgültig, ob er, wie von der Wissenschaft, in der Unzurechnungsfähigkeit des Täters gefunden wird, oder ob man ihn,

[185]) So Bergen S. 84; ähnlich Blesse S. 37.
[186]) Bergen a. a. O.
[187]) Vgl. auch Freudenthal S. 101 und Bergen S. 87.

mit der Rechtsprechung, nur als einen persönlichen Strafausschließungsgrund auffaßt[188]). Die Vorschriften der §§ 3 und 9 JGG reichen zur Rechtfertigung seiner Straflosigkeit (wenn er zur Zeit der Tat nach seiner geistigen oder sittlichen Entwicklung unfähig war, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen, § 3 JGG) oder seiner milderen Bestrafung (§ 9 JGG) aus. Nach § 9 Absatz 4 JGG kann sogar in besonders leichten Fällen bei einem Vergehen oder einer Übertretung ganz von Strafe abgesehen werden. Ist der Minderjährige jedoch über 18 Jahre alt und beteiligt er sich dann an einer Handlung, die gegen ihn als sogen. Schutzobjekt gerichtet ist, so ist ein Grund für seine Straflosigkeit nicht einzusehen. Jedenfalls ist bisher kein stichhaltiger Grund dafür angeführt worden.

Es ist zwar richtig — wie Blesse[189]) meint —, daß die Minderjährigen vor Ausbeutung geschützt werden sollen, weil sie selbst in der Regel nicht fähig sind, die Notwendigkeit eines eigenen Schutzes einzusehen oder einen solchen sich selbst zu gewähren. Es mangelt ihnen entweder infolge ihres jugendlichen Alters die Einsicht in die Tragweite ihres Tuns, oder sie befinden sich in einer Lage, in der sie fremder Beeinflussung leicht zugänglich sind. Diesen Umständen trägt aber gerade das Jugendgerichtsgesetz in seinen angeführten Bestimmungen voll und ganz Rechnung. Ein darüber hinausgehender (allgemeiner) Rechtsschutz — auch für die Teilnahme des Minderjährigen — erscheint nicht gerechtfertigt. Jedenfalls ist bisher für das Gegenteil kein durchgreifender Beweis erbracht worden. Demnach reicht auch diese Begründung im allgemeinen nicht zur Annahme irgendwelcher behaupteter „Ausnahmen" aus. Im Einzelfall mag die Teilnahme der Minderjährigen als straflos zu erachten sein, im allgemeinen kann dies jedoch nicht behauptet werden.

Schließlich ist auch die Straflosigkeit der Teilnahme als bloße Behauptung aufgestellt worden, ohne daß dafür eine rechtliche Begründung versucht worden wäre. Dabei wird dann das entgegengesetzte Ergebnis, das dem Rechtsgefühl widersprechen soll[190]), — wie z. B. bei Kraewel[191]) — als eine juristische Mißgeburt bezeichnet. Oder aber es wird behauptet, daß die Bestrafung wegen Teilnahme „geradezu unnatürlich" sei[192]). Auch soll es „widersinnig sein, die Personen, denen das Gesetz besonderen Schutz gegen Mißbrauchung angedeihen lassen will, wegen der Handlung, die sich gegen sie richtet, zu bestrafen[193]). Nach Herzog endlich sei es „offenbare Widersinnigkeit", wenn die Selbstbegünstigung straflos und die Teilnahme des Selbstbegünstigten strafbar sein solle[194]). Worin dann aber diese angebliche Sinnlosigkeit liegen soll, wird verschwiegen. Und auch „die Berufung auf die Natur

---

[188]) Vgl. u. v. a. zu dieser Streitfrage Frank, § 2 JGG Anm. II S. 168.

[189]) Blesse S. 41.

[190]) Herzog, GS 34/87; Kraewel S. 505.

[191]) Kraewel S. 511.

[192]) So Vogels S. 62.

[193]) Vogels S. 13/14.

[194]) Herzog GS 29/164; vgl. auch M. E. Mayer, Strafrecht S. 387 („Verwirrung der Dogmatik wie des Rechtsgefühls") und Fuchs, JW 1927/2629 (oben S. 89).

ist ohne jede Beweiskraft, wenn nicht zugleich gesagt wird, worin diese liegt"[195]).

Es kann jedoch auch allen diesen Auffassungen gegenüber — abgesehen von dem Mangel einer einwandfreien rechtlichen Begründung — nur wieder darauf hingewiesen werden, daß der Teilnehmer gerade wegen seiner Mitverursachung einer fremden strafbaren Handlung gestraft werden muß.

Nach alledem ist der Streit um die angeblichen „Ausnahmen von der Teilnahmelehre" dahin zu entscheiden, daß derartige Fälle einer straflosen Teilnahme nicht anerkannt werden können. Die bisher im Schrifttum angeführten Gründe haben nicht vermocht, diese behaupteten „Ausnahmen" in rechtlich einwandfreier Weise zu rechtfertigen. Daher ist auch ein Streit darüber recht müßig, ob diese „Ausnahmen" in einem künftigen Strafrecht zum Ausdruck gebracht werden müßten oder nicht.

Zwar hat Goldschmidt[196]), um Zweifel abzuschneiden und um zu einer grundsätzlichen Regelung zu gelangen, in seinem „Gegenentwurf" vorgeschlagen, in das Gesetz eine besondere Bestimmung aufzunehmen, die eine Straflosigkeit deutlich ausspreche: § 31: „Bedroht das Gesetz in Fällen, wo ein Tatbestand das Zusammenwirken mehrerer erfordert, nur einen von ihnen mit Strafe, so bleibt der andere straflos, auch wenn er sich als Urheber oder Gehilfe beteiligt".

Abgesehen von der grundsätzlichen Unverwendbarkeit des hierbei verwendeten Begriffes der „notwendigen Teilnahme" ist gegen diese Vorschrift jedoch einzuwenden, daß sie in ihrem ersten Teil eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck bringt, die nicht besonders im Gesetz erwähnt zu werden braucht. Denn besteht für eine Person keine Strafdrohung, so ist ihr Handeln eben nicht strafbar. Die Straflosigkeit der Teilnahme (in dem zweiten Teil der von Goldschmidt vorgeschlagenen Strafvorschrift) aber ist nicht gerechtfertigt, da kein Grund für die Straflosigkeit des Teilnehmers gegeben ist. Die Teilnahme eines als Täter Straflosen ist in jedem der hier in Frage stehenden Fälle strafbar; auf sie müssen die allgemeinen Teilnahmeregeln Anwendung finden.

---

[195]) So Blesse S. 33.

[196]) Goldschmidt in JW 51/253; vgl. Kern S. 157; Bergen S. 100 ff.; Romeiss S. 387.

Lebenslauf.

Ich, Ernst-Hans Apelt, wurde am 31. Juli 1907 als Sohn des Regierungsbauinspektors, Baumeisters Ernst-Emil Apelt und seiner Ehefrau Margarete, geb. Kaping, in Wilhelmshaven/Nordsee geboren. Nach bestandener Reifeprüfung am Realgymnasium am Zwinger in Breslau besuchte ich zum Studium der Rechtswissenschaft und der Volkswirtschaft die Universitäten in Breslau (WS 1926/27) und in Greifswald (SS 1927), daran anschließend die Universität in Breslau vom Wintersemester 1927/28 bis zum Wintersemester 1929/30. Am 13. Juni 1931 bestand ich vor dem Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Nach weiteren volkswirtschaftlichen Studien an der Universität in Breslau (SS 1931 und WS 1931/32) trat ich am 1. Mai 1932 als Gerichtsreferendar meine Ausbildung an. Zur Zeit befinde ich mich am Amtsgericht in Breslau.

Gleichzeitig erfülle ich die angenehme Pflicht, Herrn Professor Dr. Johannes Nagler, Breslau, meinen aufrichtigen Dank dafür auszusprechen, daß er meine Aufmerksamkeit auf diese interessante Frage lenkte.

Ernst-Hans Apelt.